

Pubblicato il 03/09/2021

N. 06212/2021REG.PROV.COLL.
N. 06099/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6099 del 2020,
proposto da

-OMISSIS- in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della
costituenda associazione temporanea di imprese con -OMISSIS- in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato
Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi S.r.l. in
Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Comune di Cetara, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Giuseppe Vitolo, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato
Giancarlo Viglione in Roma, Lungotevere dei Mellini,17;

nei confronti

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Sergio Como, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania-Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, -OMISSIS-resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cetara e di -OMISSIS-

Visto il dispositivo n.-OMISSIS-alla cui pubblicazione anticipata rispetto alla motivazione della sentenza ha dichiarato di avere interesse l'avvocato Lentini, difensore dell'appellante -OMISSIS--OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 119, co. 5, e 120, co. 3 e 11, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2020 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti, in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, gli avvocati Lentini, Vitolo e Como;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. All'esito della procedura aperta di gara indetta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dalla Centrale Unica di Committenza dei -OMISSIS- per conto del Comune di Cetara, per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione di infrastrutture e servizi nel porto turistico di Cetara, per un valore stimato pari ad € 4.429.650,48, oltre IVA (comprensivo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, risultava primo classificato nella graduatoria finale, con complessivi punti 93,744, il raggruppamento temporaneo di imprese tra la -OMISSIS-

(mandataria) e la mandante -OMISSIS- in favore del quale, con determina del Responsabile dell'Area Tecnica Manutentiva -OMISSIS-, era di conseguenza disposta l'aggiudicazione definitiva.

2. Con ricorso notificato il 30 marzo 2020 la -OMISSIS--OMISSIS-(di seguito -OMISSIS-), la quale aveva partecipato alla gara in oggetto, quale mandataria in associazione temporanea con la -OMISSIS-(mandante), classificandosi al secondo posto con punti 84,342, impugnava innanzi al Tribunale amministrativo per la Campania- Sezione Staccata di Salerno la ridetta aggiudicazione, la proposta della Commissione di gara di aggiudicazione in favore del-OMISSIS-(contenuta nel verbale n. -OMISSIS-, tutti gli atti di gara (e, in particolare, i verbali -OMISSIS--OMISSIS- -OMISSIS- -OMISSIS- nella parte in cui avevano ritenuto ammissibile e attribuito il punteggio all'offerta tecnica del raggruppamento primo classificato), in uno agli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali.

2.1. A sostegno del gravame, la ricorrente lamentava: *"I – Violazione di legge (art. 89 del Codice appalti e artt. 1325 e 1418 c.c.) - Nullità del contratto di avvalimento- Eccesso di potere (difetto di istruttoria- carenza assoluta del presupposto); II. Violazione di legge (art. 89 del Codice appalti e artt. 1325 e 1418 c.c.) - Nullità del contratto di avvalimento- Eccesso di potere (difetto di istruttoria- carenza assoluta del presupposto); III – Violazione di legge (art. 80 co. 5 lett. c), c bis), cter) e fbis) D.Lgs. 50/2016- Eccesso di potere (Difetto del presupposto- di motivazione- di istruttoria- arbitrarietà- travisamento); IV. Violazione di legge (art. 89 Codice appalti e artt. 1325 e 1418 c.c. in relazione all'art. 45 del D.Lgs. 50/2016- Nullità del contratto di avvalimento- Eccesso di potere (difetto di istruttoria- carenza assoluta del presupposto); V- Violazione di legge (art. 83 Codice appalti) - Eccesso di potere (difetto di istruttoria- carenza assoluta del presupposto); VI- Violazione di legge (art. 105 del Codice appalti) - Eccesso di potere (Difetto di istruttoria- carenza assoluta del presupposto); VII- Violazione di legge (art. 105 Codice appalti). Eccesso di potere*

(difetto di istruttoria- carenza assoluta del presupposto); VIII- Violazione di legge (art. 83 del Codice appalti) - Eccesso di potere (Difetto di istruttoria- carenza assoluta del presupposto)”.

2.2. In sintesi, coi motivi di impugnazione così rubricati si deduceva l'esistenza di gravi carenze dei requisiti di ammissione in capo al r.t.i. aggiudicatario, la non conformità della sua offerta tecnica con la disciplina di gara e la non realizzabilità delle soluzioni migliorative proposte, censurando :

I) la nullità per carenza e indeterminatezza degli elementi essenziali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 c.c., 1325 c.c., 89 D.lgs. 50/2016 e 88 d.p.r. 207/2010 e per violazione della *lex specialis* di gara (punto f.2 del Disciplinare di Gara), del contratto di avvalimento stipulato tra la mandataria -OMISSIS-e il -OMISSIS-per il prestito della qualità aziendale, solo apparentemente comprovato, non avendo l'ausiliaria messo a disposizione alcuno degli elementi o risorse, materiali o immateriali, tipizzate a fondamento della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 (né struttura organizzativo-gestionale, né responsabile della qualità né procedure operative aziendali né manuale operativo); ed inoltre la nullità-per indeterminatezza, genericità ed indisponibilità delle risorse- del contratto di avvalimento tra la mandante -OMISSIS-e il -OMISSIS- per la certificazione di qualità ambientale, che, in ragione del settore di attività per il quale era stato rilasciato (*“Erogazione di servizi di acquisizione e gestione di appalti con affidamenti alle consorziate e/o associate per la progettazione e costruzione di edifici civili”*), esulava anche dall'oggetto dell'appalto, attinente a lavori marittimi;

II) la nullità del contratto di avvalimento tra la -OMISSIS-ed il -OMISSIS-con riferimento alla Certificazione SOA, per asserita violazione del punto f.5) del Disciplinare di Gara, nonché degli artt. 89, comma 1, ultimo periodo del D.Lgs. 50/2016 e 88 comma 1 lett. a) del d.p.r. 207/2010,

mancando un'effettiva, concreta e sostanziale messa a disposizione delle risorse da parte dell'ausiliaria, che, alla luce delle clausole contrattuali, era stata del tutto indeterminata, generica e demandata ad un momento successivo all'aggiudicazione, sì da non consentire alla stazione appaltante alcuna verifica di adeguatezza dei prescritti requisiti di qualificazione;

III) la mancanza di titolarità e disponibilità diretta delle risorse strumentali prestate (mezzi e attrezzature) da parte del -OMISSIS-e l'assenza del preventivo ed esplicito consenso al trasferimento a terzi di quelle risorse da parte del titolare (le imprese consorziate), con conseguente violazione della disciplina speciale dei Consorzi Stabili (di cui all'art. 45 del Codice dei Contratti) che consente il c.d. cumulo alla rinfusa (e, cioè, la somma delle qualificazioni delle imprese consorziate) solo per la qualificazione SOA, vietandolo invece per il resto, anche attraverso contratto di avvalimento; tanto più che il -OMISSIS-non aveva la titolarità e la disponibilità in proprio del requisito di qualità, oggetto del prestito, per la intera durata dei lavori, avvalendosi, ai fini della qualificazione SOA, della certificazioni ISO 9001 rilasciate in favore di altre imprese consorziate (la -OMISSIS-e la -OMISSIS-);

IV) la mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria per avere l'ausiliario -OMISSIS-reso una falsa dichiarazione in tema di requisiti di affidabilità professionale (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f *bis*) D.lgs. 50 del 2016 in relazione all'art. 80, comma V, lett. c) D.Lgs. 50/2016), non avendo questi dichiarato l'esclusione (subita nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, con conseguente escussione della cauzione provvisoria) da una precedente gara, confermata in giudizio (con sentenza passata in giudicato del T.a.r. Sicilia n. -OMISSIS-), ed inoltre per non aver dichiarato il -OMISSIS-una precedente risoluzione contrattuale da parte del Comune di Vallacidro di cui era risultato destinatario;

V) la mancanza per entrambe le società associate del requisito di idoneità

professionale dell'iscrizione camerale, previsto ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 50/2017, per le attività oggetto di appalto relativamente all'affidamento dei lavori marittimi, non valendo allo scopo invocare il contratto di avvalimento con altre imprese (che non serve ad integrare l'idoneità soggettiva afferente allo *status* professionale);

VI) la falsa dichiarazione da parte dell'aggiudicataria (sia nella domanda di partecipazione sia nel DGUE) sul mancato ricorso al subappalto e la violazione sostanziale del relativo regime normativo con riferimento a quanto previsto nell'offerta tecnica dell'a.t.i. -OMISSIS--OMISSIS-con riguardo ai mezzi marittimi, non potendo, per legge, la messa a disposizione di questi ultimi prescindere dalla contestuale messa a disposizione del relativo equipaggio e personale;

VII) il carattere condizionato dell'offerta tecnica dell'a.t.i. -OMISSIS- che aveva fatto riferimento, per il confezionamento massi, ad un'area in concessione nel Porto di Salerno nella disponibilità della -OMISSIS- in scadenza prima della conclusione dei lavori e in cui era autorizzata, in base al titolo concessorio, un'attività diversa, non contemplante la concessione attività produttive o di cantiere come la prefabbricazione di massi artificiali, oltre ad essere le aree nella disponibilità della Compagnia Portuale (per complessivi 2500 mq) insufficienti per la cantierizzazione necessaria in rapporto alle tempistiche offerte;

VIII) la manifesta illogicità delle valutazioni e dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica prima graduata, in quanto l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe conseguito il massimo punteggio nonostante le migliori offerte fossero inammissibili e irrealizzabili, di modo che la sua proposta risultava peggiorativa rispetto al progetto a base di gara, diminuendone le prestazioni; senza contare che molte delle migliori proposte erano sovrapponibili, sicché la loro sostanziale identità ne avrebbe impedito la duplice valutazione da parte della Commissione e la conseguente (duplice)

attribuzione del punteggio; sarebbe stata inoltre irragionevole, sotto altro profilo, l'attribuzione di un punteggio maggiore (di oltre 10 punti) al r.t.i. aggiudicatario tenuto conto che il valore delle migliori offerte indicate nel computo metrico estimativo inserito nella busta C) dell'offerta economica (pari ad € 520.597,00) era di gran lunga inferiore rispetto a quello indicato dalla ricorrente (per un importo di € 703.381,54).

3. Accolta la domanda cautelare, il Tribunale amministrativo, con la sentenza n. 892 del 15 luglio 2020, nella resistenza del Comune di Cetara e dell'aggiudicataria -OMISSIS- ha respinto il ricorso, ritenendone infondati tutti i motivi.

In particolare la sentenza in epigrafe ha rilevato che:

a) l'oggetto dei contratti di avvalimento stipulati era sufficientemente determinato;

b) il Consorzio stabile, ausiliario di altro operatore economico, si qualificava e si dotava dei mezzi necessari grazie alle consorziate che compongono il consorzio;

c) per l'omessa dichiarazione dell'ausiliaria era applicabile il dato normativo dell'art. 89, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui, a fronte di un motivo di esclusione dell'ausiliaria (tra cui l'ipotesi di omessa dichiarazione dovuta), l'ausiliata non può essere automaticamente esclusa, ma occorre garantirle la possibilità di sostituire l'ausiliaria, qualora la stazione appaltante ritenga che l'omessa dichiarazione di quest'ultima sia tale da comprometterne l'affidabilità;

d) dalle visure camerali in atti risultava che entrambe le società componenti l'a.t.i. svolgevano attività connesse con l'appalto in questione;

e) l'A.T.I. non aveva dichiarato il falso affermando di non ricorrere al subappalto, e comunque non si configurava la prospettata violazione degli artt. 105 e 80, comma 5, d.lgs. 50/2016;

f) l'oggetto della concessione era sufficientemente ampio per comprendere

anche il confezionamento massi ed in ogni caso non ricorreva nella specie alcuna ipotesi di condizionamento dell'offerta;

g) le contestazioni tecniche, in riferimento ai punteggi attribuiti alle migliori offerte, oltre ad essere inammissibili, perché impingenti nel merito delle valutazioni tecnico-discrezionali riservate alla Commissione esaminatrice, erano comunque infondate.

4. Avverso tale sentenza la ricorrente -OMISSIS-ha proposto appello, lamentandone l'erroneità ed ingiustizia per avere malamente apprezzato e travisato le censure formulate coi motivi di ricorso, respingendole con motivazione lacunosa e affatto convincente, e chiedendone perciò l'integrale riforma.

4.1. Si sono costituiti in resistenza all'appello il Comune di Cetara e la -OMISSIS-s.r.l., nella qualità in atti.

4.2. Con ordinanza n. -OMISSIS-del 12 settembre 2020 la Sezione, rilevando che le plurime e complesse questioni sottese ai motivi di gravame richiedessero l'approfondimento proprio del merito e che il contratto non era stato ancora stipulato né i lavori affidati all'aggiudicatario, ha accolto l'istanza cautelare incidentalmente formulata ai fini del mantenimento della *res adhuc integra* e ha fissato l'udienza pubblica per la trattazione del merito.

4.3. In vista dell'udienza pubblica, le parti hanno puntualmente illustrato con memorie e repliche le rispettive tesi difensive.

4.4. In particolare, in tali memorie sia il Comune sia la controinteressata -OMISSIS- rilevato che l'ausiliaria indicata dalla mandataria -OMISSIS-è stata attinta da un'-OMISSIS-e che di conseguenza la stazione appaltante ne ha imposto, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. 50/16, la sostituzione (alla quale l'a.t.i. aggiudicataria ha ottemperato, stipulando un nuovo contratto di avvalimento con il -OMISSIS-), hanno eccepito in via preliminare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei primi cinque motivi di appello.

L'appellante -OMISSIS-nella memoria di replica ha invece ribadito il suo interesse all'esame di tali censure, rilevando come tale sopravvenienza (per la quale ha formulato riserva di autonoma impugnativa) non possa *“sterilizzare il carattere invalidante dei rilievi di nullità del contratto di avvalimento, per mancata messa a disposizione del requisito di qualità aziendale ed indeterminatezza del prestito SOA”*.

4.5. All'udienza del 19 novembre 2020, tenuta in collegamento da remoto, udita la rituale discussione, durante la quale il difensore dell'appellante ha dichiarato di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

5. Con l'appello proposto la -OMISSIS- nella qualità in atti, è tornata a contestare la illegittimità dell'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione di servizi e infrastrutture nel Porto Turistico di Cetara in favore dell'a.t.i. -OMISSIS--OMISSIS-per asserite gravi carenze dei requisiti di ammissione, non conformità della offerta tecnica presentata con la disciplina di gara e non realizzabilità delle soluzioni migliorative, sostanzialmente riproponendo le doglianze formulate con i motivi del ricorso di primo grado.

5.1. In sintesi, secondo l'appellante, la sentenza impugnata avrebbe confuso la messa a disposizione delle componenti proprie del requisito tecnico (qualificazione SOA) con le distinte e assolutamente carenti componenti proprie del requisito gestionale (attestazione di qualità) che investono modelli e procedure dell'organizzazione aziendali; non avrebbe poi colto l'esatta portata del secondo motivo con il quale si contestava l'idoneità della certificazione di qualità, oggetto di avvalimento, in ragione del settore di attività, per il quale era stato rilasciato (servizi di acquisizione commesse), che non corrisponde a quello oggetto del presente appalto (lavori marittimi); avrebbe malamente valutato l'indeterminatezza dell'avvalimento

con cui si era demandato ad un secondo tempo (dopo l'aggiudicazione) la concreta determinazione del numero e della tipologia di operai che l'ausiliaria mette a disposizione per l'esecuzione del contratto (laddove risorse e mezzi dovrebbero essere preventivamente identificati ed indicati in contratto); avrebbe malamente apprezzato un altro rilievo di invalidità del contratto di avvalimento per omessa disponibilità diretta delle risorse da parte del Consorzio ausiliario (senza considerare che le risorse, umane e tecniche, non ricadono nella titolarità e disponibilità del Consorzio, ma di singole consorziate); avrebbe poi erroneamente ritenuto che la dichiarazione fosse non falsa, ma solo omessa e che da ciò non discendesse l'esclusione automatica; avrebbe dato rilievo al mero oggetto sociale, e non all'iscrizione camerale per attività corrispondenti a quello oggetto di appalto; non avrebbe considerato il carattere condizionato dell'offerta, posto che non rileva la possibilità di proroga della concessione, subordinata ad eventi futuri ed incerti (e alla volontà dell'Amministrazione concedente).

6. Procedendo all'esame delle singole doglianze, con il primo motivo l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto le censure con le quali si era dedotta la nullità dei contratti di avvalimento aventi ad oggetto il prescritto requisito di qualità, per mancanza di elementi essenziali, stante la carenza e indeterminatezza della *"messa a disposizione"* delle *"risorse e condizioni che hanno consentito il conseguimento della certificazione del requisito di qualità"*, in violazione delle previsioni del Disciplinare di Gara (di cui al punto f.2.) e degli art. 89 del D.Lgs. 50/2016 e 88 d.P.R. 207/2010.

Avrebbe errato la sentenza nel respingere il primo motivo di ricorso con il quale si era lamentato che il contratto di avvalimento (di entrambe le imprese associate) non recasse riferimenti al distinto prestito delle risorse a fondamento del requisito di qualità aziendale, che i requisiti indicati fossero solo quelli di esecuzione dei lavori e non della qualità e che l'avvalimento era meramente apparente, nominalistico e cartolare, non essendo

supportato da alcuna effettiva e concreta messa a disposizione delle corrispondenti risorse organizzative, che avevano consentito il rilascio dell'attestazione di qualità aziendale (quali le la struttura organizzativo-gestionale, il responsabile della qualità, le procedure e prassi operative aziendali ed il manuale operativo).

La sentenza avrebbe così travisato portata, natura e finalità dell'attestazione SOA (per la qualificazione ad eseguire i lavori) e della certificazione di qualità aziendale: la prima, nelle distinte categorie e classifiche di lavori, funzionale ad attestare il parametro della capacità tecnica di una impresa ad eseguire specifiche tipologie di lavori, la seconda a comprovare, invece il diverso livello qualitativo di tutti i processi gestionali di una organizzazione imprenditoriale, sì da investire, in modo trasversale, tutte le categorie dei lavori attestate nel Certificato SOA e l'intero processo organizzativo gestionale di una azienda; di modo che l'ontologica diversità dei due requisiti (capacità tecnica e qualità aziendale del processo gestionale) escluderebbe in radice che in sede di avvalimento si possano confondere, come fatto dall'appellata sentenza, i diversi elementi a base del rilascio dei due distinti titoli abilitativi. Del resto, il principio del *favor participationis*, richiamato dall'appellata sentenza, non esclude affatto che il prestito alla concorrente del requisito (di capacità tecnica ed economica) da parte di altro operatore economico debba essere determinato, concreto ed effettivo.

Analoghe cause di invalidità riguarderebbero anche il contratto di avvalimento tra la mandante -OMISSIS- e l'ausiliario -OMISSIS-.

6.1. Con il secondo motivo l'appellante assume che la sentenza impugnata sarebbe viziata anche per omessa pronuncia su un punto decisivo, quanto alla dedotta non pertinenza e inidoneità del certificato di qualità del -OMISSIS-, oggetto di avvalimento, considerato lo specifico settore di attività per il quale era stato rilasciato (servizi di intermediazione nella

acquisizione delle commesse pubbliche), rispetto a quello oggetto del presente appalto (attinente all'esecuzione di lavori marittimi) per il quale gli atti di gara richiedevano la comprova del requisito di qualità.

6.2. Con il terzo e il quarto motivo, si sostiene che la sentenza avrebbe poi omesso di pronunciarsi e comunque travisato e respinto, con motivazione superficiale, erronea e affatto convincente, le ulteriori censure di invalidità del contratto di avvalimento per la qualificazione SOA tra la -OMISSIS-ed il -OMISSIS--OMISSIS-, per omessa disponibilità diretta delle risorse (mezzi ed attrezzature di cui all'elenco allegato al contratto) da parte del Consorzio ausiliario, assumendo erroneamente la determinatezza del prestito in relazione alle risorse strutturali e del personale messi a disposizione e ritenendo inoltre che il -OMISSIS-si qualificherebbe con il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa, non essendo le singole imprese consorziate "soggetti terzi" rispetto al Consorzio, con conseguente inoperatività del divieto di avvalimento a cascata, previsto dall'art. 89 comma 6 del D.Lgs. 50/2016.

La sentenza avrebbe così trascurato la disciplina speciale dei Consorzi Stabili (di cui all'art. 45 del Codice dei Contratti), in base alla quale i mezzi e le attrezzature nella titolarità e disponibilità delle singole imprese consorziate (che non transitano automaticamente in capo al Consorzio Stabile) non possono essere trasferite a terzi (neppure attraverso contratto di avvalimento) senza preventivo ed esplicito consenso delle singole imprese consorziate che ne sono titolari e sarebbe così incorsa in un grave errore di giudizio, travisando la portata oggettiva della censura ed invocando norme e principi inconferenti (avvalimento a cascata e cumulo alla rinfusa) rispetto alla questione controversa, inerente al difetto di legittimazione del -OMISSIS-al trasferimento diretto dei beni e risorse delle imprese consorziate.

6.3. Con il quinto mezzo di impugnazione si lamenta che la sentenza

avrebbe inoltre omesso di delibare anche la ulteriore censura di cui al punto 2.3. del secondo motivo di ricorso afferente al mancato possesso da parte del -OMISSIS-della certificazione ISO 9001, con conseguente difetto di titolarità e disponibilità del requisito di qualità prestato per la intera durata dei lavori, che l'appellante ha riproposto ai sensi dell'art. 101 Cod. proc. amm.

6.4. Con il sesto motivo l'appellante contesta il capo della sentenza che ha escluso la valenza automaticamente espulsiva della falsa dichiarazione in cui è incorso l'ausiliario -OMISSIS-in tema di requisiti di affidabilità professionale, ai sensi dell'art. 89 comma 1 del D.Lgs. 50/2016 ed 80, comma 5, lett. f *bis*) D.Lgs. 50/2016 in relazione all' art. 80, co. 5 lett. c) del D.Lgs. 50/2016, per aver dichiarato in sede di gara di non essere incorso in gravi illeciti professionali, pur essendo stato colpito da provvedimento di esclusione, con escussione della garanzia, nel triennio precedente la pubblicazione del bando, per non aver dichiarato di trovarsi in una situazione di controllo con altri due concorrenti (ex art. 80, comma v, lett. m) D.Lgs. 50/2016), ritenendo qui integrata una fattispecie di mera omessa dichiarazione di una precedente esclusione, con conseguente applicazione del meccanismo della sostituzione della ausiliaria, ai sensi dell'art. 89 comma 3, D.lgs. 50/2016.

A tutto voler concedere, acclarata l'eventuale omissione dichiarativa del Consorzio ausiliario, il primo giudice avrebbe dovuto accogliere il motivo di ricorso, quanto meno ordinando alla stazione appaltante di pronunciarsi, in modo espresso e motivato, sia sulla omissione in quanto tale, sia sul grave illecito professionale non dichiarato, valutando la perdurante affidabilità professionale della ausiliaria e, in caso contrario, esigendo la sua sostituzione.

6.4.1. Parimenti, la sentenza appellata sarebbe erronea laddove non ha dichiarato l'illegittimità dell'ammissione alla gara del r.t.i. aggiudicatario ai

sensi dell'art. 80, comma 6, del D.Lgs. 50/2016, per non avere il Consorzio -OMISSIS-, ausiliario, dichiarato la sopravvenuta risoluzione contrattuale subita in altra gara da parte del Comune di -OMISSIS-

6.5. Con il settimo motivo l'appellante assume che la sentenza impugnata avrebbe errato nel respingere il quarto motivo di ricorso con cui si era dedotta l'invalidità del contratto di avvalimento tra la mandante -OMISSIS- ed il -OMISSIS- (ausiliario), per genericità ed indeterminatezza ed indisponibilità delle risorse in capo a quest'ultimo, mediante il mero rinvio a quanto statuito con riferimento all'altro contratto di avvalimento tra la mandataria -OMISSIS-e il Consorzio -OMISSIS-. Tali statuizioni risentirebbero, dunque, dei medesimi profili di erroneità, già dedotti col terzo e quarto motivo.

6.6. Con l'ottavo motivo l'appellante lamenta che la decisione di primo grado avrebbe erroneamente respinto anche la censura di carenza del requisito di idoneità professionale, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 50/2016.

In base all'art. 83, comma 1 lett. a) e comma 3, del Codice dei contratti pubblici i concorrenti dovevano comprovare l'iscrizione camerale per le attività oggetto d'appalto che, nella specie, inerivano all'esecuzione di lavori marittimi (avendo l'appalto ad oggetto la realizzazione di infrastrutture e servizi nel Porto turistico di Cetara), laddove entrambe le società componenti l'associazione temporanea, come risulterebbe dal certificato camerale in atti, sarebbero prive della necessaria iscrizione camerale nella parte relativa alle attività concretamente esercitate, non potendo il requisito di idoneità professionale essere soddisfatto dal mero riferimento al potenziale svolgimento di opere marittime nel proprio oggetto sociale, alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa puntualmente richiamata da parte appellante.

La fondatezza del motivo sarebbe poi confermata dalla circostanza che, solo dopo la partecipazione alla gara e la notifica del ricorso, in data 1 aprile

2020, con atto di variazione della attività primaria, depositato nel Registro delle Imprese di Napoli (protocollo n. -OMISSIS- del 6/4/2020), la mandante -OMISSIS- ha (tardivamente e in modo confessorio) proceduto alla iscrizione camerale per opere idrauliche, così riconoscendo l'obbligo di attivazione in concreto della attività per poter validamente eseguire i relativi lavori pubblici nel settore portuale.

6.7. Con il nono motivo, l'appellante si duole che la sentenza avrebbe respinto anche la ulteriore censura di violazione del regime del subappalto con riferimento ai mezzi marittimi.

Con tale doglianza, si era lamentato che l'a.t.i. aggiudicataria, pur dichiarando (nella domanda di partecipazione e nel D.G.U.E. di non fare ricorso al suppalto), nell'offerta tecnica (alla pag. 21, punto A.2.1.2) dichiarava di utilizzare i mezzi marittimi messi a disposizione da due società armatrici (la -OMISSIS- e -OMISSIS-), in virtù di lettera di disponibilità sottoscritta dai rispettivi armatori per la intera durata dell'appalto, sebbene ciò contrasti con la disciplina inderogabile recata dal Codice della Navigazione (in particolare, dagli artt. 265, 273, 274, 316 del Codice della Navigazione) che impedirebbe di validamente configurare, nel settore in oggetto, una mera fornitura di materiali e mezzi marittimi, senza la messa a disposizione da parte dell'armatore del relativo equipaggio

6.8. Con il decimo motivo l'appellante sostiene che la sentenza sarebbe erronea e meritevole di riforma anche per non aver rilevato il carattere condizionato della offerta tecnica dell'a.t.i. aggiudicataria, quanto alla dichiarata disponibilità di un'area per il confezionamento massi: al riguardo l'appellante ha ribadito che l'area demaniale in concessione della -OMISSIS- viene a scadere (il 31.12.2020) prima della conclusione dei lavori e che essa non può neanche essere destinata a lavori di confezionamento massi, che è attività diversa e non ricompresa tra quelle in concreto autorizzate dal titolo concessorio.

Il primo giudice avrebbe così trascurato che la proroga della concessione demaniale è rimessa alla volontà di soggetti terzi (la concessionaria che ha facoltà di richiederle e la competente Autorità di Sistema Portuale, alle cui discrezionali determinazioni è subordinato il rilascio), di modo che la disponibilità dell'area in questione e la praticabilità dell'offerta tecnica sarebbero sottoposte alla *“condizione di disponibilità e di approvazione di terzi”*, con radicale nullità ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016.

6.9. Infine, con l'undicesimo motivo di appello si censura la decisione di primo grado per aver respinto le ulteriori censure di illogicità manifesta delle valutazioni e punteggi attribuiti alla offerta tecnica della prima graduata. L'appellante assume in primo luogo che i rilievi sollevati sono certamente ammissibili, non travalicando i limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, posto che con tali censure erano dedotti errori di fatto e profili di illogicità manifesta delle valutazioni della commissione di gara.

L'appellante ha dunque riproposto le censure con cui si lamentava l'illogicità ed erroneità dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica dell'A.T.I. -OMISSIS-per le migliorie e le soluzioni proposte, da ritenersi a suo avviso inammissibili, irrealizzabili e finanche peggiorative rispetto al progetto originario a base di gara (con particolare riferimento alle migliorie numero 1, 2, 10, 12, 13, 14), oltre che in molti casi integralmente sovrapponibili e sostanzialmente identiche (con conseguente inammissibilità della duplice valutazione e attribuzione del punteggio da parte della Commissione di gara).

Inoltre, con lo stesso mezzo, l'appellante è tornata a dolersi: a) che la proposta migliorativa dell'a.t.i. aggiudicataria, in relazione al sub criterio di valutazione delle offerte A.2.1 attinente l' *“Ottimizzazione delle fasi di realizzazione dei lavori con specifico riferimento all'ubicazione dell'area di confezionamento dei massi artificiali (non disponibile presso le aree del porto di Cetara),*

delle caratteristiche dei mezzi d'opera e delle attrezzature da utilizzare nonché delle modalità di controllo e di monitoraggio delle varie attività lavorative, abbia conseguito il massimo punteggio (20 punti) per la dichiarata disponibilità da parte dell'a.t.i. -OMISSIS-di un'area in concessione ad altra impresa all'interno del Porto di Salerno per il confezionamento e lo stoccaggio dei materiali occorrenti, nonostante l'offerta tecnica, sul punto, come già dedotto col decimo motivo di gravame, fosse irrealizzabile e comunque condizionata, siccome subordinata alla disponibilità e approvazione di terzi soggetti (la concessionaria e gli enti amministrativi preposti al rinnovo della concessione); b) che la manifesta illogicità della valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione emergerebbe in modo palese anche dalla circostanza che l'offerta tecnica dell'a.t.i. prima classificata ha ottenuto un maggior punteggio rispetto alla seconda graduata (odierna appellante), nonostante quest'ultima avesse offerto miglie per un importo di gran lunga superiore a quello delle miglie proposte dall'a.t.i. aggiudicataria (come da computo metrico inserito nella busta dell'offerta economica).

7. I motivi di appello sono infondati; il che consente di prescindere dall'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse delle doglianze inerenti alla validità del contratto di avvalimento stipulati con il -OMISSIS-di cui ai primi cinque motivi di gravame.

Va premesso che i lavori da affidare erano interamente riconducibili alla categoria OG7 (opere marittime) e che il Disciplinare di gara, nel regolamentare i requisiti di capacità tecnico professionale, prevedeva che *“ai sensi di quanto previsto dall'art. 84, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016 i concorrenti dovranno essere in possesso di attestazione di qualificazione rilasciata da SOA regolarmente autorizzata, in corso di validità, per le categorie e classifiche adeguate alle categorie e all'importo dei lavori da assumere (...)”*.

8. Tanto evidenziato, non possono anzitutto essere accolte le censure articolate con il primo motivo di gravame.

8.1. Il Disciplinare di gara prevedeva che *“l’avalimento è ammesso in relazione al requisito del possesso del sistema di qualità ISO 9001 solo se unitamente ed indissolubilmente connesso alla pertinente attestazione SOA dell’operatore economico ausiliario che riporti tale requisito e a condizione che lo stesso ausiliario dichiari di mettere a disposizione le risorse e le condizioni che hanno consentito il conseguimento della certificazione di qualità”*.

A tale proposito giova evidenziare che l’art. 84, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016 prevede che *“....i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall’ANAC. L’attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l’assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Gli organismi di diritto privato di cui al primo periodo, nell’esercizio dell’attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell’articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20”*; mentre il successivo comma 4 alla lett. c) dispone che *“gli organismi di cui al comma 1 attestano:.....c) il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000”*.

L’art 63 del D.P.R. n. 207/2010 prevede poi che *“1. Ai fini della qualificazione, ai sensi dell’articolo 40, comma 3, lettera a), del codice, le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ad esclusione delle classifiche I e II. 2. La certificazione del sistema di qualità aziendale è riferita agli aspetti gestionali dell’impresa nel suo complesso con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche”*.

8.2. Come emerge dalle norme sopra richiamate le imprese che partecipano alle gare per l’affidamento di lavori pubblici devono essere munite di idonea

attestazione SOA, la quale implica che la stessa impresa sia munita di apposita certificazione del sistema di qualità aziendale, *“conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000”* e *“riferita agli aspetti gestionali dell’impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche”*.

In sostanza la disciplina recata dalla su indicate norme prevede che gli esecutori di opere pubbliche provino i requisiti di qualificazione mediante attestazione SOA per categorie e classifiche idonei ai lavori da assumere: dal canto loro, gli organismi di attestazione, nel momento in cui rilasciano la relativa certificazione, attestano l’idoneità di un operatore economico ad eseguire lavori fino alla concorrenza della classifica assegnata, nonché il possesso delle certificazioni di qualità da parte degli operatori economici muniti di SOA.

Ne segue che l’avvalimento dell’attestazione SOA in una determinata categoria e classifica presuppone anche l’avvalimento delle procedure operative di qualità secondo la normativa europea di riferimento, connesse alla categoria di lavorazione e relativa classifica messa a disposizione dall’ausiliario, la cui coerenza con gli aspetti gestionali dell’impresa riferiti alle categorie e classifica, per cui viene riconosciuta la SOA, è attestata proprio dall’organismo certificatore accreditato ai sensi delle norme europee. Ed infatti, la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 maggio 2019, n. 2932) ha chiarito che, di regola, è l’attestazione SOA a dare conto anche dell’esistenza della certificazione di qualità; e, in linea generale, ha affermato che *“quando oggetto dell’avvalimento è la certificazione di qualità, occorre, ai fini dell’idoneità del contratto, che l’ausiliaria metta a disposizione dell’ausiliata l’intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse”* (cfr., Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953; 27 luglio 2017, n. 3710; 23 febbraio 2017, n. 852).

Non si configura, dunque, nel caso di specie, alcuna violazione della norma primaria e degli atti di gara in quanto, se è vero che ai fini della

qualificazione per i lavori pubblici è necessaria e sufficiente la SOA, che implica anche la sottostante certificazione di qualità, è altrettanto vero che l'avvalimento della SOA in una determinata categoria di lavorazione, e per una certa classifica, si traduce anche nel contestuale avvalimento della certificazione di qualità connessa alla medesima categoria.

Sono dunque corrette e non meritano le critiche appuntate le statuizioni della sentenza di primo grado laddove ha affermato che è possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento anche in relazione alla certificazione di qualità, purché l'ausiliaria metta a disposizione della ausiliata *“tutti i fattori della produzione e tutte le risorse, che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione”* (Cons. Stato, Sez. V n. 2953 del 17.05.2018), occorrendo dunque che *“per la validità dell'avvalimento (...) siano indicati i mezzi, il personale, il know-how, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto e ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante (si cfr., Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; V, 4 novembre 2016, n. 4630; Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316; 12 maggio 2017, n. 2226; 23 febbraio 2017, n. 852; 6 giugno 2016, n. 2384; 27 gennaio 2016 n. 264)”*. Su queste premesse correttamente assunte la sentenza ha in modo condivisibile concluso nel senso della sufficiente determinazione o, comunque, determinabilità dell'oggetto dei contratti di avvalimento in relazione al “requisito di qualità”, alla luce della puntuale disamina del loro contenuto, recante l'espresso riferimento alla messa a disposizione di tutti i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto e per la qualificazione dell'ausiliata (tra cui: *Know-How* tecnologico e commerciale a mezzo del proprio responsabile della condotta dei lavori; un Responsabile Tecnico con la necessaria qualifica; il numero necessarie di Squadre tipo; il numero e tipo di operai, in base all'effettiva necessità in fase esecutiva, così come di seguito meglio specificati: n. 1 operaio Specializzato C.C.N.L. 3° Liv.; n. 1 operaio qualificato C.C.N.L. 2° Liv.; n. 1 operaio Comune C.C.N.L. 1° Liv.);

i mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, analiticamente e specificamente indicati nel contratto e nell'allegato; cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti, mediante l'attività diretta ed indiretta non inferiore a tre volte l'importo a base di gara previsto).

A fronte di quell'elenco sufficientemente dettagliato, la sentenza ha dunque bene ritenuto che fosse rimasto sfornito di prova l'assunto circa la carenza di una concreta, sostanziale ed effettiva messa a disposizione delle *“risorse e condizioni che hanno consentito il conseguimento della certificazione del requisito di qualità”* ed in ordine alla mancata assunzione in concreto del relativo obbligo da parte dell'ausiliaria con riguardo al prestito del requisito.

La giurisprudenza ha infatti chiarito, affermando principi che ben si attagliano alla presente fattispecie, che *“Il contratto di avalimento non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale. Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno “l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 2020 n. 2953; Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682).

In effetti, come pure ben rilevato dall'appellata sentenza a seguire le suggestive argomentazioni di parte ricorrente si finirebbe per richiedere agli operatori economici, nella stipula dei contratti di avalimento, l'osservanza di eccessivi formalismi non indispensabili per la verifica della sussistenza dei requisiti sostanziali, con il rischio di una eccessiva e indebita restrizione della possibilità di accesso a tale istituto e conseguente compromissione della sua finalità e del principio di matrice eurounitaria del *favor participationis* che ne è alla base.

8.3. Per analoghe ragioni sono infondate le doglianze concernenti l'asserita genericità e indeterminatezza del contratto di avalimento tra la mandante

-OMISSIS-e l'ausiliaria -OMISSIS-, sempre con riferimento alla certificazione di qualità, dovendo anche qui richiamarsi quell'orientamento giurisprudenziale, sopra indicato, secondo il quale, di regola, l'attestazione SOA dà conto anche dell'esistenza della certificazione di qualità (cfr. Cons. Stato 2932/2019 cit.).

Sul punto la sentenza di primo grado ha dunque bene ritenuto l'infondatezza del motivo, rinviando alle precedenti motivazioni, poiché, con riguardo al contratto di avvalimento tra la -OMISSIS-ed il -OMISSIS-, parte ricorrente lamentava i medesimi vizi già dedotti coi motivi di ricorso relativi alla genericità, indeterminatezza e indisponibilità delle risorse in capo al -OMISSIS-ausiliario.

9. È parimenti infondato il secondo motivo di appello con cui si contesta che il certificato di qualità del -OMISSIS- esulerebbe dall'ambito oggettivo dei lavori di gara in quanto connesso alle attività di *“erogazione dei servizi di acquisizione e gestione di appalti con affidamenti alla consorziate e/o associate per la progettazione e costruzione di edifici civili”*.

L'art. 3.1.4 del Disciplinare di gara, al punto f.2 prevede infatti che “[...] l'avvalimento è ammesso in relazione al requisito del possesso del sistema di qualità ISO 9001” e il -OMISSIS- ha conseguentemente esibito in sede di gara la Certificazione UNI EN ISO 9001:2015.

Il predetto requisito è, dunque, ampiamente soddisfatto.

Pertanto, la sentenza di primo grado ha correttamente ricostruito la questione sottesa al motivo di ricorso, statuendo che *“in disparte che di regola l'attestazione SOA dà conto anche dell'esistenza della certificazione di qualità (Cons. Stato 2932/2019), il -OMISSIS-ha stipulato contratto di avvalimento con -OMISSIS--OMISSIS- che ha messo a disposizione la certificazione ISO 9001-2015, oltre che l'attestazione SOA OG7 VII”*.

10. Non può trovare accoglimento neppure il terzo motivo di gravame con cui l'appellante contesta un ulteriore profilo di invalidità del contratto di

avvalimento per violazione dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016 .

Come evidenziato, il Consorzio ausiliario dichiarava di mettere a disposizione: - n.1 responsabile tecnico con la qualifica di ingegnere e/ o architetto e/o geometra e/ o perito; - n. 1 operaio specializzato CCNL 3° livello; - n. 1 operaio qualificato CCNL 2° livello; - n. 1 operaio comune CCNL 1° livello; - mezzi necessari all'esecuzione dell'opera quali *“ponteggi omologati, gru rotativa, container alloggio attrezzi e uffici, molasce da cantiere, impastatrici/betoniere, macchine da taglio legno ferro, martelli demolitori ad aria e/o elettrici, puntelli varie misure, badili, secchi, attrezzatura minuta ecc... così come meglio specificati nell'elenco mezzi allegato alla presente, quale parte integrante e sostanziale”*. L'elenco allegato al contratto contiene altresì il dettaglio dei mezzi di cui il Consorzio ausiliario è munito e che sono messi a disposizione della società -OMISSIS- *«rullo compressore Vibromax; betoniera Airone 2000 telaio FGB 303; rullo vibrante Losenhausen; motocompressore Atlas Copco; gruppo elettrogeno Vm 20 kva; gruppo elettrogeno L'europa KVA 16,5; macchina lavaggio Faime; attrezzatura varia minuta da cantiere e tecnica e che in caso intende avvalersi di noli a freddo; martellone spaccaroccia; elettropompe; tacheometro Kern; strumento topografico Stazione Leica TCR 307; tacheometro livello; baracche cantiere 25 mq.; casseforme metalliche; saldatrici; pompa per cis e sprits-beton; gru mt. 27; impalcatura completa di tavole ferma-piede e pedane in ferro, tubi innocenti e morsetti, tutti con certificato di omologazione»*.

L'oggetto del contratto di avvalimento, dunque, non è affatto indeterminato, comprendendo l'elenco delle specifiche risorse messe a disposizione in relazione all'appalto oggetto del presente giudizio.

E tanto appare conforme al consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa la quale, in materia di contratto di avvalimento, ha chiarito come non è possibile far ricorso ad *“aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire la disciplina sostanziale della gara”* (in questo senso, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015, n. 4860) dovendo, viceversa, ritenersi valido il contratto di

avvalimento nell'ipotesi in cui l'oggetto, pur non essendo puntualmente determinato *“sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile”* (Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23; si veda anche al riguardo, sul tema della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2020 n. 2359; Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2018, n. 4329; V, 26 novembre 2018, n. 6690): in sostanza, la verifica di idoneità del contratto allegato ad attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi va svolta in concreto, avuto riguardo al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione di garanzia assegnata all'istituto (cfr. sul punto Cons. Stato, 3 maggio 2017, n. 2022).

Come affermato dalla giurisprudenza, l'onere di specificità nella determinazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione del contratto pubblico non deve, dunque, eccedere i limiti della ragionevolezza, oltre che i criteri di ordine civilistico per ritenere validamente assunta un'obbligazione contrattuale (come avverrebbe nella misura in cui, da un lato, si pretendesse che in una fase antecedente alla concreta esecuzione del contratto siano indicati in misura puntuale gli addetti e i mezzi da impiegare nelle singole fasi di lavorazione; e dall'altro lato si trascurasse che la determinabilità dell'obbligazione contrattuale ai sensi dell'art. 1346 Cod. civ. presuppone che di questa siano fissati nel regolamento pattizio i suoi contenuti essenziali e non ogni aspetto di dettaglio, anche il più marginale e definibile in sede esecutiva sulla base della concreta situazione in atto: in tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2020 n. 5370).

Orbene, il contratto di avvalimento in questione contiene l'indicazione sia delle risorse umane, con precisazione di ruoli e qualifiche messe a disposizione, sia l'elenco dei mezzi strumentali e delle attrezzature

funzionali all'esecuzione dei lavori appaltati: l'ecceputa nullità per genericità ed indeterminatezza dell'oggetto non può dunque trovare ingresso relativamente ad un contratto di avvalimento che riporta, con specifico riferimento alle opere appaltate, le risorse umane ed i mezzi strumentali di cui l'aggiudicatario può disporre per l'esecuzione dei lavori, sicché il suo contenuto è determinato e comunque facilmente determinabile, come richiesto dall'art. 1346 del codice civile, a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 2, del medesimo codice (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1118).

Attraverso la descrizione delle risorse materiali e umane oggetto di prestito tanto l'appaltatrice quanto l'amministrazione comunale possono dunque confidare su un impegno contrattuale sufficientemente determinato e pertanto coercibile nei confronti dell'ausiliario, tale da rendere effettiva la responsabilità solidale che quest'ultimo assume nell'esecuzione dell'appalto, ai sensi dell'art. 89, comma 5, del codice dei contratti pubblici, dovendo perciò ritenersi soddisfatta la finalità dell'avvalimento, siccome recante un'indicazione determinata e comunque determinabile dei requisiti "prestati". Non si verte pertanto in un caso di indeterminatezza dell'oggetto del contratto tale da determinarne la nullità ai sensi del sopra richiamato art. 1418, comma 2, cod. civ., come l'appellante sostiene (in termini, si veda anche Cons. Stato, sez. V, n. 1118/2020 cit.).

Alla luce delle su indicate coordinate ermeneutiche, deve ritenersi che, come ben rilevato dalla sentenza appellata, l'ausiliaria ha, dunque, messo a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale che le ha consentito di acquisire quella certificazione di qualità, dovendo perciò escludersi, dal tenore letterale e dall'interpretazione sistematica delle clausole contrattuali, volta alla ricerca della comune volontà dei contraenti, che il prestito dei requisiti sia rimasto, nel caso in esame, su un piano meramente astratto e cartolare e che le previsioni contrattuali siano

generiche o assimilabili a mere formule di stile.

11. Non può essere accolto neanche il quinto motivo di appello.

In primo luogo non è condivisibile quanto affermato da controparte circa una presunta omissione del Tribunale di primo grado sulla censura in questione.

Tanto evidenziato, nel merito delle doglianze formulate, il motivo non è suscettibile di favorevole considerazione.

Il -OMISSIS- attraverso un'apposita comune struttura d'impresa, ha prestato i requisiti mediante un contratto di avvalimento stipulato con la concorrente, in virtù del quale ha messo a disposizione dell'ausiliata mezzi e risorse proprie o delle proprie consorziate: e ciò poteva avvenire, come ben rilevato dal primo giudice, senza che si configuri un avvalimento a cascata.

Soccorrono al riguardo le previsioni di cui all'art. 47, comma 1, del d.lgs. 50/16 a mente del quale *“1. I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”*.

Sul punto la sentenza di primo grado ha dunque correttamente statuito che *“il divieto di avvalimento a cascata di cui al comma 6 dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 va inteso, in coerenza con le finalità che connotano la norma in esame, nel senso che si realizza allorché l'impresa ausiliaria, priva (in tutto o in parte) del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente, lo acquisisca a sua volta, mediante avvalimento, da altro soggetto (Cons. Stato sez. V, 2/3/2018, n. 1295). Viceversa, nell'ambito del consorzio, ausiliario di altro operatore economico, non vi è un distinto avvalimento tra consorziata e consorzio, il quale appunto si qualifica, e si dota dei mezzi necessari, grazie alle consorziate che compongono il consorzio; insomma, le singole*

imprese consorziate non sono soggetti terzi rispetto al consorzio ausiliario, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avalimento a cascata”.

Pertanto, il -OMISSIS- anche quando riveste il ruolo di ausiliario nell’ambito di un contratto di avalimento, assume il ruolo di unico interlocutore con l’amministrazione appaltante imputando direttamente a se stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori, per cui non sussiste l’obbligo di specifica indicazione delle imprese consorziate, le quali non assumono direttamente alcun obbligo di esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Inoltre, non è superfluo rammentare che anche l’ANAC, con delibera n. 401 del 12 aprile 2017, proprio con riferimento all’avalimento da parte di un consorzio stabile, ha chiarito che *“la qualificazione del consorzio stabile deriva dalla somma delle qualificazioni delle imprese consorziate e che viene conseguita dal consorzio a seguito della verifica del possesso, da parte delle singole consorziate, delle corrispondenti risorse strumentali, tecniche ed umane e che, pertanto, in ragione della peculiare causa mutualistica tipica dei consorzi stabili, l’attestazione SOA di cui il consorzio stabile è titolare si sostanzia delle dotazioni strumentali, tecniche ed umane delle imprese consorziate”*: ne segue che il -OMISSIS- ben poteva prestare, tramite contratto di avalimento, alle imprese concorrenti che ne erano prive, il requisito della propria attestazione SOA impegnandosi a mettere a disposizione dell’impresa ausiliata risorse strumentali, tecniche ed umane delle consorziate, senza che ciò integri un’ipotesi di avalimento c.d. a cascata, in violazione dell’art. 89, comma 6, d.lgs. 50/2016, in ragione della specificità del modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile (si veda anche delibera ANAC n. 242 dell’8 marzo 2017).

Non può pertanto essere condivisa la censura con cui l’appellante sostiene l’inesistenza della messa a disposizione delle risorse e delle attrezzature che non ricadrebbero nella diretta disponibilità del -OMISSIS-ausiliario. La censura, in definitiva, non considera che la relazione intercorrente fra

-OMISSIS-e imprese consorziate dà luogo un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica, realizzando una peculiare forma di avvalimento che poggia direttamente sul vincolo consortile e che le singole imprese non sono soggetti terzi, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avvalimento a cascata.

11.1. Da ciò discende anche l'infondatezza dell'argomentazione con cui -OMISSIS-afferma che il -OMISSIS-non sarebbe in possesso di propria certificazione ISO 9001.

12. L'A.T.I. aggiudicataria, poi, è in possesso del requisito di idoneità professionale, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 50/16.

Ed infatti la società -OMISSIS- s.r.l. è iscritta nel registro delle imprese della Camera di Commercio di Napoli con il seguente oggetto sociale: “[...] *la società ha per oggetto l'industria delle costruzioni edilizie in generale, sia per conto proprio sia per conto di terzi, quali realizzazione di opere pubbliche, anche attraverso gare ed appalti ad evidenza pubblica e privata, grandi opere...opere marittime...*”, mentre la società -OMISSIS--OMISSIS- è iscritta nel registro delle imprese della Camera di Commercio di Napoli con il seguente oggetto sociale: “[...] *la costruzione, la manutenzione, la ristrutturazione di opere marittime (...) l'acquisto, la vendita, la permuta, la gestione anche in concessione, la locazione e il noleggio anche a caldo di automezzi, attrezzature, macchine operatrici, mezzi di sollevamento, di natanti e mezzi d'opera marittimi....le opere marittime e di dragaggi*”.

Tanto premesso, l'appellata sentenza non ha confuso oggetto sociale e attività in concreto esercitata (per la quale è stata richiesta l'iscrizione camerale), ma si è piuttosto conformata al consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui non vi è ragione di discostarsi, in base al quale “*La su indicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapponibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi,*

con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto”(Consiglio di Stato, sez. V, 15.11.2019 n. 7846; Cons. St., III, 8 novembre 2017, n. 5170).

La sentenza ha dunque fatto coerente applicazione dei su riportati principi giurisprudenziali, volti a contemperare l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, essendo di interesse pubblico l'ampliamento del mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale e ragionevole ritenere che i requisiti di idoneità professionale- imprenditoriale del concorrente (e tra questi anche il requisito camerale) siano calibrati in modo attento e proporzionato all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse generale ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti alle procedure di gara; in quest'ottica è rimessa alla competenza della stazione appaltante accertare la coerenza, in concreto, della descrizione delle attività imprenditoriali esercitate e dell'oggetto sociale, riportate nel certificato camerale, con il requisito di ammissione richiesto dalla *lex specialis* di gara e con l'oggetto dell'appalto complessivamente considerato.

In conclusione, la sentenza ha fatto buon governo dei riportati principi giurisprudenziali secondo cui la corrispondenza contenutistica tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione camerale, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste, non deve essere intesa in senso assoluto, come una perfetta sovrapponibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento ma, in ossequio ai principi di massima partecipazione e concorrenzialità, deve essere accertata, secondo un criterio

di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, attraverso una valutazione globale e complessiva delle prestazioni oggetto di affidamento.

Sotto altro concorrente profilo, la sentenza appellata ha ritenuto quindi non condivisibile l'assunto di parte ricorrente secondo cui solo con aggiornamento camerale del 1.4.2020 la -OMISSIS- avrebbe aggiornato l'oggetto sociale per renderlo compatibile con l'appalto per cui è causa: l'aggiornamento in questione riguarda, infatti, le sole "*opere idrauliche*", e non già la realizzazione di "*opere marittime e di dragaggio*", già incluse nell'iscrizione camerale posseduta dalla detta società (come da visura camerale prodotta dalla stessa ricorrente, datata 17.3.2020).

E', dunque, incontestabile quella congruenza contenutistica tra iscrizione camerale e oggetto di appalto che consente di ritenere le attività oggetto della prima rispondenti alla finalità di verifica dell'effettiva idoneità professionale dell'operatore, da valutare in modo non formalistico, rispetto alle prestazioni da affidare (cfr. Cons. Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796).

In altri termini, le suggestive argomentazioni dell'appellante non sovvertono il corretto ragionamento del primo giudice, fondato sulla non necessità di una perfetta ed assoluta coincidenza (intesa come perfetta sovrapponibilità) tra le attività indicate nella visura camerale e quelle oggetto del contratto di appalto e sul consolidato principio, affermato dalla giurisprudenza, per cui la persona giuridica può validamente acquisire diritti e assumere obblighi solo per le attività comprese nell'oggetto sociale, come riportato nel certificato camerale.

13. Infondata è altresì l'ulteriore doglianza dedotta col sesto motivo di appello secondo cui l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto il -OMISSIS--OMISSIS-, ausiliario, sarebbe incorso in una falsa dichiarazione in tema di requisiti di affidabilità professionale, con

riferimento all'art. 80 comma 5 lett. f-bis, in relazione all'art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs n. 50/2016, per non aver dichiarato di essere stato escluso da una pregressa procedura di gara.

La censura non coglie nel segno, in quanto il -OMISSIS-non ha violato alcun dovere informativo nei confronti della Stazione appaltante né ancora ha reso alcuna falsa dichiarazione né, infine, è privo, per la ragione su indicata, del requisito di affidabilità ed integrità.

La precedente esclusione da altra procedura di gara, infatti, non rientra nel novero di quelle circostanze che devono essere portate a conoscenza della stazione appaltante che indice la nuova gara.

È bene anzitutto richiamare, sul punto, quanto affermato dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato secondo cui *“il thema decidendum è costituito allora dal rilievo che assume la mancata dichiarazione di precedenti esclusioni da analoghe gare disposte per falsa attestazione della regolarità tributaria (nonostante l'irregolarità ai fini fiscali sia stata medio tempore rimossa e non risulti alcuna iscrizione nel casellario informatico ai sensi e per gli effetti di cui al comma 5, lettera f-ter), e 12 dell'art. 80) e per mancata dichiarazione di precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento (sebbene tali vicende siano state puntualmente dichiarate dalla concorrente nella presente gara alla stazione appaltante che è stata, quindi, messa nelle condizioni di valutarne la portata e l'effettiva incidenza sulla sua affidabilità). 7.6. A tale riguardo ritiene il Collegio che non meritino censura le statuizioni di prime cure laddove hanno rilevato che la concorrente non sia tenuta a dichiarare nelle successive gare le precedenti esclusioni comminate nei suoi confronti per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, “tale causa di esclusione si riferisce - e si conchiude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata”.* 7.6.1. Ed infatti, il primo giudice si è conformato e ha correttamente applicato i consolidati principi quale intende dare continuità (cfr. Cons. di Stato, V, 26 luglio 2018, n. 4594; id. V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 21 novembre 2018, n. 6576; V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 24 gennaio

2019, n. 597). 7.6.2. Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale espresso nei precedenti richiamati, una precedente espulsione da una gara pubblica per irregolarità fiscale non può assumere rilievo, quale motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale e, quindi, di circostanza da dichiarare, posto che, diversamente opinando, “si realizzerebbe un’ indefinita protrazione di efficacia, “a strascico”, delle violazioni relative all’obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse” laddove l’art. 80, comma 4, del d.lgs. 50 del 2016 riconosce efficacia escludente alla partecipazione alla gara solamente sino al momento in cui il concorrente non provveda alla regolarizzazione della propria posizione: ebbene, come evidenziato, non solo è pacifico che l’appellata fosse in regola con gli obblighi di natura fiscale al momento della scadenza del termine di partecipazione, ma è stato anche accertato con sentenza passata in giudicato che non fosse originariamente carente del requisito di regolarità tributaria neanche all’epoca della gara cui fu esclusa” (Cons. di Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490).

A ciò si aggiunga che per potersi ritenere integrata la causa di esclusione dell’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 (“omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”) è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell’ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento (Consiglio di Stato, sez. V, 4.07.2017, nn. 3257 e 3258; Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2063).

Il provvedimento espulsivo in sé, dunque, non recava quindi le caratteristiche del grave illecito professionale e non rientrava tra i fatti per cui era previsto un onere dichiarativo.

Alla luce dei su riportati principi, la sentenza di primo grado ha bene ritenuto che, nel caso di specie, l’ausiliaria non ha reso una dichiarazione mendace, ma al più ha omesso di dichiarare la propria precedente esclusione: e su queste premesse ha altrettanto correttamente concluso nel

senso dell'infondatezza del terzo motivo di ricorso, basato sulla asserita violazione dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo del d.lgs. 50/2016 a causa del prospettato mendacio dell'ausiliaria, ritenendo, per converso, qui applicabile la norma di cui all'art. 89, terzo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale: *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”*.

In definitiva, se dunque la stazione appaltante rinvenga un motivo di esclusione in capo all'ausiliaria (tra cui l'ipotesi di omessa dichiarazione), dovrà comunque essere accordata al concorrente la facoltà di provvedere alla sostituzione dell'ausiliaria, evitando per tale via l'esclusione.

L'art. 89, comma 3, infatti, consente la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto. La sostituzione dell'ausiliaria durante la gara è istituto derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via, della stessa offerta); ma risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, stimolare il ricorso all'avvalimento. Il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso (Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1101).

Non è poi superfluo rammentare che con riferimento in particolare al secondo periodo della disposizione, la giurisprudenza ha evidenziato l'ampiezza dell'ambito di operatività della norma riferibile *“a tutti i motivi di*

esclusione dell'art. 80 del d.lgs. 50/16” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018 n. 2527) e non solo nel caso in cui dette condizioni siano successivamente venute meno, ma anche qualora esse siano dall'inizio rinvenibili (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019 n. 69), avendo il legislatore ammesso la sostituzione dell'ausiliaria in assenza del requisito (ovvero di ricorrenza di una causa obbligatoria di esclusione) *“quale che sia il momento cui essa risale”*, poiché la mancanza del requisito di partecipazione (messo a disposizione), che sia originaria o sopravvenuta alla stipulazione del contratto di avvalimento, non è, in entrambi i casi, riconducibile all'operatore economico il quale, pertanto, per volontà di legge, non ne deve subire le conseguenze.

13.1. Per analoghe considerazioni, il motivo di appello è infondato anche nella parte in cui contesta l'esistenza di una causa automatica di esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria per l'omessa dichiarazione da parte del -OMISSIS-ausiliario di un provvedimento di risoluzione contrattuale per inadempimento da parte del Comune di -OMISSIS- al riguardo deve anche aggiungersi che il provvedimento in questione risale al dicembre del 2019, e dunque ad un momento successivo al termine di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, sicché, anche sotto tale assorbente profilo, nessun onere dichiarativo era configurabile a carico del -OMISSIS--OMISSIS-.

14. Non possono altresì essere condivise le argomentazioni di parte appellante in ordine alla violazione del regime del subappalto da parte dell'offerta tecnica aggiudicataria.

Ed infatti, la dichiarazione resa nell'offerta tecnica (pag. 21), come rilevato anche dal primo giudice, non configura una ipotesi di subappalto, ma di c.d. nolo a freddo o nolo a scafo nudo, disciplinato dal Codice della Navigazione agli artt. 376, 384 e 386.

In generale, si ha una ipotesi di c.d. nolo a freddo (a sua volta riconducibile

allo schema della “*locatio rei*”) quando vi è la concessione in uso della sola attrezzatura di lavoro (come previsto dall’art. 376 del Codice della Navigazione), ove si parla di locazione del solo scafo. Nel caso di specie, le società armatrici -OMISSIS- e -OMISSIS-, come si evince anche dalla dichiarazione resa in sede di gara, si sono impegnate a mettere a disposizione esclusivamente i loro mezzi marittimi, e non anche tutto l’equipaggio.

Dunque, non si configura l’ipotesi di un subappalto perché ciò che verrà messo a disposizione è solo il “mezzo marittimo” e sarà il noleggiatore (*id est*: il soggetto che avrà la disponibilità della nave) che provvederà ad armarla e a selezionare il nuovo equipaggio per le attività da svolgersi, assumendo il ruolo di datore di lavoro dei soggetti che saranno imbarcati. A ciò si aggiunga che l’art. 347 del Codice Navigazione prevede che “[...] *in caso di cambiamento dell’armatore della nave, il nuovo armatore succede al precedente in tutti i diritti ed obblighi derivanti dai contratti di arruolamento dei componenti dell’equipaggio*”.

Al riguardo è poi dirimente la previsione di cui al punto 10.5 “*Subaffidamenti*” del Disciplinare di gara, la quale ha espressamente escluso che costituissero subappalto “*le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente inferiori al 2 % (due per cento) dell’importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a euro 100.000,00 e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 %(cinquanta per cento) dell’importo del contratto da affidare*”.

Risultano pertanto corrette le statuizioni della sentenza appellata la quale, premesso che nella fattispecie concreta in esame i contratti hanno ad oggetto esclusivamente la messa a disposizione di macchinari, nella specie motopontoni, e non anche il personale eventualmente occorrente per il funzionamento, ha ritenuto sussumibile il contratto nel c.d. nolo a freddo, che non costituisce subappalto per i motivi già illustrati (avendo ad oggetto

i soli mezzi, considerati nella loro individualità materiale ed economica, destinati all'espletamento delle lavorazioni, mentre il personale selezionato fa capo direttamente al soggetto che li ha noleggiati), concludendo perciò correttamente *“che l'ATI non ha dichiarato il falso affermando di non ricorrere al subappalto, e comunque non si configura la prospettata violazione degli artt. 105 e 80 c. 5 d.lgs. 50/2016”*.

15. È infondata anche la censura articolata col decimo motivo di impugnazione con cui si lamenta che l'offerta presentata dall'A.T.I. aggiudicataria sarebbe condizionata e dunque non suscettibile di valutazione.

Deve premettersi che l'ipotesi prospettata è stata riconosciuta in giurisprudenza nei casi di offerta inattendibile ed equivocamente espressa dall'impresa di partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010, n. 248; sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583). Ebbene, nel caso di specie, l'a.t.i. -OMISSIS- ha allegato alla propria offerta una specifica dichiarazione di messa a disposizione di un'area in concessione della -OMISSIS- con cui la stessa accettava anche tutte le norme che regolavano la gara, l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto, obbligandosi espressamente a osservarle in caso di aggiudicazione alla stessa a.t.i. -OMISSIS-

L'operatore economico ha dunque manifestato la chiara e indiscussa volontà di obbligarsi all'esecuzione del contratto.

A ciò si aggiunga che : a) l'oggetto della concessione contempla le attività di carico e scarico, movimentazione, deposito e attività di riempimento contenitore, risultando perciò (come correttamente rilevato dall'appellata sentenza) sufficientemente ampio per comprendere anche il confezionamento massi che l'A.T.I. -OMISSIS- ha previsto, sì che è possibile svolgere all'interno dell'area in concessione anche l'attività in questione; b) la concessione demaniale con scadenza al 31.12.2020, è congrua sotto il profilo delle tempistiche offerte, in quanto, la

presentazione dell'offerta è del 6 settembre 2019 e, come si evince dal cronoprogramma dei lavori allegato, è prevista una durata dei lavori pari a giorni 365 naturali e consecutivi; c) l'autorizzazione richiamata dal concedente espressamente prevede il rinnovo della stessa alla scadenza e comunque non dà conto dell'esistenza di cause a ciò ostative; d) anche la superficie in concessione del concedente è congrua in rapporto alle attività previste dall'A.T.I. -OMISSIS- non emergendo dagli atti elementi concreti nel senso di una sua insufficienza allo svolgimento delle attività in questione, sicché le affermazioni sul punto di parte appellante sono rimaste del tutto assertive e sfornite di prova, anche solo a livello indiziario.

Quanto poi alla circostanza che la possibilità di proroga della concessione, in scadenza al 31.12.2020, sia a richiesta del concessionario, è sufficiente osservare, come bene evidenziato dalla sentenza di primo grado, che *“tale profilo atterrebbe al più alla fase di esecuzione del contratto, e non alla fase di ammissione o di valutazione dei punteggi”*. Non è infatti da ritenere condizionata l'offerta in cui l'operatore economico si sia impegnato, come nell'odierna fattispecie, immediatamente e senza limiti alla realizzazione dell'opera, anche laddove essa richieda il previo rilascio da parte di altra pubblica amministrazione di titoli abilitativi (Cons. Stato, V, 27 dicembre 2017, n. 6085, che richiama C.G.A.R.S. 8 febbraio 2017, n. 37): ciò, in quanto, il loro rilascio attiene non alla fase della valutazione dell'offerta, bensì alla fase di esecuzione, nel cui ambito, per l'ipotesi che l'aggiudicataria non si renda al riguardo parte diligente, soccorrono i rimedi che la legge riconnette all'inadempimento alle obbligazioni contrattuali.

16. Va infine respinto anche l'undicesimo motivo di gravame con cui l'appellante contesta, sotto molteplici profili, i giudizi espressi dalla Commissione con riguardo all'offerta dell'A.T.I. aggiudicataria, tornando a lamentare l'asserita erronea attribuzione dei punteggi che sarebbe viziata da illogicità manifesta.

16.1. In primo luogo, è condivisibile quanto statuito dall'appellata sentenza in merito all'inammissibilità delle censure formulate in ordine all'attività valutativa della Commissione di gara, nella misura in cui impingono nel merito delle valutazioni riservate alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, sì da provocare un'inammissibile sindacato giurisdizionale sostitutivo oltre i limiti consentiti.

Come noto per pacifico indirizzo giurisprudenziale: *“le valutazioni operate dalle commissioni di gara sulle offerte tecniche delle concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, arbitrarie, ovvero fondate su un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti [...], o vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2016, n. 120). In linea generale, come rammentato dall'impugnata sentenza, il giudice non può sovrapporre la propria valutazione a quella svolta dall'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità tecnica, sostituendo le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'organo tecnico, che sono peraltro connotate da un fisiologico margine di opinabilità, per confutare i quali non è sufficiente evidenziare un mero dissenso, ma occorre provare la loro palese inattendibilità.

Orbene, non ricorrono qui le su indicate ipotesi di palese illogicità, irragionevolezza, erroneità di fatto o implausibilità delle valutazioni tecniche della Commissione di gara esitate nei punteggi attribuiti alle imprese concorrenti, poiché le censure di parte appellante restano in effetti confinate a mere affermazioni di non condivisibilità del giudizio tecnico, in quanto tali inidonee a minare la legittimità dell'operato della Commissione, composta (come puntualmente dedotto dall'appellata -OMISSIS- da docenti universitari esperti nello specifico settore delle opere oggetto di appalto.

16.2. Ad ogni buon conto, il Collegio ritiene che le contestazioni sollevate dall'appellante con il motivo in esame sono anche infondate nel merito alla stregua delle seguenti osservazioni.

Al riguardo deve anzitutto evidenziarsi come la sentenza ha partitamente esaminato, nel dettaglio, le singole contestazioni della -OMISSIS- ritenendole generiche o carenti di prova e, comunque, inidonee a dimostrare il vizio di illogicità manifesta del giudizio tecnico espresso secondo i vari criteri dalla Commissione di gara. Come evidenziato, non è poi erronea l'affermazione della sentenza secondo cui la ricorrente avrebbe dedotto valutazioni meramente soggettive e opinabili che si sovrapporrebbero ai giudizi della commissione, travalicando i limiti del sindacato della discrezionalità tecnica.

16.3. Tanto premesso e passando all'esame delle singole doglianze, l'appellante lamenta che la commissione di gara abbia attribuito all'offerta tecnica dell'a.t.i. aggiudicataria il massimo punteggio, malgrado le migliori fossero inammissibili, irrealizzabili o, comunque, peggiorative del progetto a base di gara.

In particolare, le censure si appuntano:

a) sulla miglioria n. 1, avente ad oggetto la proposta di variazione della sezione tipologica, prevista in progetto, del prolungamento del molo di sopraflutto, modificando l'opera a gettata prevista con mantellata ad unica pendenza e proponendo una sezione ad "S" costituita da una berma sommersa a meno 0,5 m sul l.m. e larghezza 5 m, costituita in scogli di III categoria: tale miglioria sarebbe inammissibile, a dire dell'appellante, perché, oltre a comportare l'acquisizione di nuovi pareri da parte degli enti amministrativi preposti - e, segnatamente, l'Assessorato ai Trasporti e viabilità, porti, aeroporti e demanio marittimo della Regione Campania, per la modifica della sezione tipologica dell'opera a gettata, e della Capitaneria di Porto di Salerno, per la sicurezza alla navigazione, in quanto la

-OMISSIS- proposta modifica gli spazi di manovra interni ed esterni al Porto in evidente violazione del Disciplinare di gara (punto 4.1 del Disciplinare di gara – criterio A.1)- risulterebbe peggiorativa rispetto al progetto originario, diminuendone le prestazioni;

b) la miglioria n. 2, con cui l'aggiudicataria ha proposto la stessa soluzione della miglioria 1 nel pennello di chiusura del molo di sopraflutto, la quale non solo presenterebbe le medesime criticità, ma ridurrebbe anche gli spazi di manovra in accosto all'attracco degli aliscafi rispetto al progetto a base di gara;

c) la miglioria n. 10 con cui è stato proposto *“il disgaggio di massi sul costone roccioso gravante sul lato destro, in corrispondenza dell'area dove attualmente sono stati stoccati blocchi lapidei”*, che non sarebbe ammissibile in quanto la proposta ricadrebbe al di fuori dell'area di intervento e necessiterebbe dell'acquisizione di pareri e nulla osta;

d) la miglioria n. 12 concernente *“l'assistenza tecnica al rilievo/caricamento sul sistema Dori del Ministero delle Infrastrutture delle opere come realizzate”* che tuttavia, esulando dall'ambito oggettivo del criterio A.1.1. del Disciplinare, non poteva essere valutata;

e) la miglioria n. 13, relativa alla proposta di assistenza tecnica amministrativa per finanziamenti che analogamente non sarebbe coerente con l'oggetto di valutazione del criterio A.1.1.;

f) la miglioria n. 14, con cui l'a.t.i. aggiudicataria ha proposto *“miglioramento della qualità dei massi”*, in relazione al criterio sub. A.1.2. avente ad oggetto *“qualità e durabilità dei materiali e miglioramento del piano di manutenzione dell'opera”*, per la quale si è dedotto che la soluzione offerta, comportando mero aumento della massa volumetrica, non avrebbe alcuna incidenza sugli specifici profili ed aspetti previsti dal criterio di valutazione in esame, non implicando alcun miglioramento delle caratteristiche richieste dal sub-criterio; inoltre la mantellata sotto il pelo libero dell'acqua in scogli naturali

anziché in massi artificiali (tipo tetrapodi come da progetto) diminuirebbe le prestazioni.

16.4. Così sintetizzate le specifiche contestazioni sulle soluzioni migliorative offerte dall'a.t.i. aggiudicataria, in questa sede riproposte da parte appellante, al riguardo, giova anzitutto evidenziare che il disciplinare di gara ha previsto l'attribuzione di 20 punti per il sub criterio a.1.1. così individuato: *“soluzioni migliorative e/ o integrazioni al progetto a base di gara, in ordine all'esecuzione di tutte le lavorazioni oggetto di appalto, con particolare riferimento agli interventi di allungamento del molo sopraflutto e riqualificazione ambientale dell'area portuale mediante lavorazioni di manutenzione delle strutture esistenti che non comportino l'acquisizione di pareri, nulla osta ect. punti 20”*.

16.5. Orbene alla luce di tali previsioni e dei convincenti chiarimenti resi dall'appellata -OMISSIS-negli scritti difensivi, supportati anche dall'ausilio di una consulenza tecnica di parte, va escluso che la stazione appaltante sia incorsa in illogicità manifesta o in chiaro errore di fatto.

Corrette e condivisibili sono infatti, ad avviso del Collegio, le statuizioni di prime cure laddove rilevano che:

a) quanto alla miglioria n. 1, la proposta dall'ATI -OMISSIS-non necessita di alcuna ulteriore acquisizione di parere né modifica gli spazi di manovra interna ed esterna al porto, in ragione del fatto che *“la controinteressata, con illustrazioni planimetriche inserite nella memoria di costituzione, ha ampiamente argomentato sulla non necessità di alcun parere o nulla osta per il tipo di miglioria proposta, richiamando il combinato disposto del D.D. 109 del 22.12.2016 Direzione Generale 7 -Mobilità, del D.D. 111 del 23/12/2016 U.O.D. 5 - Trasporto marittimo e demanio portuale e aeroportuale, nonché l'Ordinanza n. 49/2017 del 25/05/2017 Capitaneria di porto - Guardia Costiera di Salerno”*; e precisando, al riguardo, altresì che: *“Da tali disposizioni, e dallo “stralcio planimetrico” allegato al D.D. 109 del 22/12/2016 Direzione Generale 7 - Mobilità, e dall'Ordinanza n. 49/17 della Capitaneria di porto, in raffronto con la proposta migliorativa*

dell'aggiudicataria, la controinteressata argomenta diffusamente sulla circostanza che: "la berma aggiuntiva prevista ricade ampiamente nel cosiddetto "ambito portuale", ossia è interna alla linea rossa tratto punto riportata nello stralcio planimetrico"; la berma aggiuntiva non interferisce con l'ormeggio dei natanti; la berma non costituisce alcun impedimento alla navigabilità non andando ad incidere sul cosiddetto "canale di atterraggio al porto"; dato che la sosta e l'ancoraggio sono ammessi con esclusione dei punti su una batimetrica inferiore a 20 metri, la berma prevista, essendo addossata alla mantellata del molo di sopraflutto, non rappresenta un impedimento alla navigabilità esterna"; in definitiva, da tali elementi discende che non solo non è dimostrata la circostanza allegata dall'appellante secondo cui la miglitoria richiederebbe i pareri delle Autorità su indicate (non essendo provata la diminuzione dello spazio di manovra dei natanti, che parte ricorrente indica quale presupposto della necessità del parere, e neppure la dedotta interferenza con l'ormeggio, non incidendo la berma prevista sul c.d. "canale di atterraggio al porto" nell'ambito del quale tali manovre vengono eseguite), ma neppure è dimostrato il vizio logico evidente o il chiaro errore di fatto in ordine alla possibilità di manovra dei natanti;

b) per analoghe ragioni, non sono suscettibili di positivo apprezzamento le censure volte a far valere asserite criticità della miglitoria n. 2;

c) quanto alla miglitoria n. 10, relativa al "disgaggio di massi sul costone roccioso gravante sul lato destro, in corrispondenza dell'area dove attualmente sono stoccati blocchi lapidei", la censura è generica; non risulta nello specifico circostanziata l'affermazione secondo cui l'intervento necessiterebbe di "pareri, nulla osta", né tanto meno precisato il fondamento normativo in base al quale il parere o nulla osta (che parte appellante richiama indifferentemente) sarebbe richiesto. Inoltre, la controinteressata ha diffusamente argomentato sulla circostanza che la miglitoria in questione, perfettamente coerente col criterio di aggiudicazione A.1.1 che espressamente richiede "soluzioni migliorative per riqualificazione dell'area

portuale”, “rientra perfettamente nell'area d'intervento come palesemente si può verificare nella tavola G.5 del progetto dall'amministrazione a base di gara”;

d) quanto alle migliorie n. 12 (relativa a *“l'Assistenza tecnica al rilievo/caricamento sul sistema DORI del Ministero delle infrastrutture delle opere come realizzate”*) e n. 13 (relativa a *“Assistenza Tecnica amministrativa per finanziamenti”*), anche le rispettive doglianze non integrano il lamentato vizio di illogicità manifesta, considerato che tali migliorie rientrano nel criterio di aggiudicazione A.1.1 che espressamente prevede che la ditta offerente debba proporre *“integrazioni al progetto a base di gara”*, per cui sono da ritenersi consentite proposte di carattere integrativo rispetto al progetto, inserite in un altro elaborato progettuale;

e) quanto alla miglioria n. 14, non sussiste neanche qui il vizio di illogicità manifesta, anche alla luce dei chiarimenti resi dalla controinteressata che, con argomentazioni non irragionevoli né illogiche, richiamate le corrispondenti prescrizioni del capitolato (sulle caratteristiche e proprietà delle rocce destinate a fornire i massi da scogliera), ha svolto un'ampia analisi tecnica per dimostrare l'effettivo miglioramento apportato dalla propria proposta, indicando un analitico elenco delle caratteristiche tecniche dei massi naturali utilizzati per dimostrare il miglioramento qualitativo delle prestazioni;

16.6. Infine, quanto al punteggio ottenuto in relazione al criterio A.2.1. di valutazione delle offerte, relativo alla *“Ottimizzazione delle fasi di realizzazione dei lavori con specifico riferimento all'ubicazione dell'area di confezionamento dei massi artificiali (non disponibile presso le aree del porto di Cetara), delle caratteristiche dei mezzi d'opera e delle attrezzature da utilizzare nonché delle modalità di controllo e di monitoraggio delle varie attività lavorative”*, anche tale doglianza è infondata, per quanto già evidenziato, nella disamina del decimo motivo di appello, in ordine alla dichiarata (e non condizionata) disponibilità dell'area in concessione per l'attività di confezionamento massi, non meritando perciò

la sentenza le critiche che le sono state rivolte.

16.7. A ciò si aggiunga che l'appellata -OMISSIS- con diffuse e convincenti argomentazioni tecniche, ha ampiamente spiegato le ragioni per cui le soluzioni proposte comportano in effetti un miglioramento sia in termini di risposta e funzionamento idraulico della struttura e dell'opera stessa, sia in termini di aumento della stabilità globale (tanto del complesso molo di sopraflutto- terreno di fondazione, quanto del complesso terreno-scogliera di fondazione) rispetto al progetto esecutivo a base di gara (come comprovato dalle verifiche geotecniche condotte dall'a.t.i. aggiudicataria in sede di presentazione dell'offerta). In particolare, l'appellata ha evidenziato come, in sostanza, la realizzazione di una berma sommersa lato mare, lungo tutto il perimetro del previsto prolungamento del molo di sopraflutto, consentirà una riduzione delle onde incidenti sulla mantellata, quindi anche sui tetrapodi posti al disopra del livello medio mare, che non vengono modificati rispetto al progetto esecutivo a base di gara, e conseguentemente una migliore risposta idraulica della struttura, soprattutto nei confronti dell'energia ondosa trasmessa a tergo della barriera, ciò a tutto vantaggio del confort di ormeggio dei natanti.

16.8. Quanto all'asserita sostanziale identità e perfetta sovrapponibilità delle migliorie proposte da parte dell'aggiudicataria, che non avrebbero quindi potuto essere computate ai fini del punteggio, non meritano censura le statuizioni di prime cure, laddove hanno evidenziato che *“il rilievo però è del tutto generico, in quanto parte ricorrente non ha illustrato in cosa e per quali ragioni vi sarebbe la sovrapponibilità”*; per altro verso, la controinteressata ha in modo specifico contestato tale affermazione, evidenziando che tali migliorie rientrano nei criteri previsti ai punti A.2 e A.3 del disciplinare di gara, integrando migliorie sia relative alle prestazioni CAM (criteri ambientali minimi) sia relative all'organizzazione sicurezza del cantiere e del suo contesto ambientale.

16.9. Da ultimo, non sono suscettibili di favorevole considerazione nemmeno le censure, pure respinte dall'appellata sentenza, con cui l'appellante, premettendo che l'operatore economico all'interno della busta "C - Offerta Economica" doveva inserire anche il computo metrico estimativo delle migliorie offerte, è tornata ad affermare di meritare un maggior punteggio per avere proposto migliorie per un importo complessivo superiore alle migliorie indicate dall'aggiudicataria.

Infatti, neppure tale doglianza integra il vizio della illogicità manifesta, in quanto, come rilevato dall'appellata sentenza, il computo metrico estimativo delle migliorie, predisposto secondo la valutazione (personale e soggettiva) fatta dall'offerente in merito al loro valore, è contenuto nella busta economica C, la cui apertura è però successiva all'attribuzione da parte della commissione dei punteggi sull'offerta tecnica, per cui non può avere avuto incidenza sulla valutazione della commissione nell'attribuzione dei punteggi, dato che la commissione ha effettuato le proprie valutazioni sulla base del valore prettamente tecnico delle migliorie offerte.

17. In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello va respinto.

18. La complessità e particolarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio, ai sensi dell'artt. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, del giorno 19 novembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO