

Pubblicato il 29/01/2025

N. 00297/2025 REG.PROV.COLL.
N. 01777/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1777 del 2024, proposto da
Impresa Alma Group s.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, in relazione alla procedura CIG B01E986953, rappresentata e
difesa dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in
Catania, viale Raffaello Sanzio n. 60;

contro

Comune di Modica, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Miriam Dell'Ali, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Suprema Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Calpona ed Emanuela
Calpona, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso principale:

- della determinazione del Dirigente del III Settore Tecnico n. 1985 del 2 settembre 2024 di aggiudicazione definitiva della procedura negoziata avente ad oggetto i lavori di mitigazione del rischio idrogeologico per esondazione mediante regimentazione delle acque del torrente passogatta a monte del ponte passo gatta torrente passogatta (doc. 1);
- dei verbali di gara nella parte in cui ammettono l'ATI Suprema Appalti – Astra Costruzioni Generali srl, nonostante sia priva dei requisiti di qualificazione e del verbale del 19 febbraio 2024 nella parte in cui viene proposta l'aggiudicazione nei confronti della suddetta ATI (doc. 2)
- della nota del Libero Consorzio Comunale di Ragusa prot. 4968 del 6 marzo 2024, con la quale viene rigettata l'istanza di annullamento (doc. 3);
- della lettera di invito (doc. 4);
- di ogni altro provvedimento antecedente o successivo comunque connesso, presupposto o consequenziale;

nonché:

- per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;
- per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, dichiarando sin d'ora la disponibilità a subentrare nel contratto eventualmente stipulato;
- per il risarcimento di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Suprema Appalti s.r.l. il 21/10/2024:

- per l'annullamento del Verbale di gara del 19.02.2024 ed altri verbali ove esistenti nella parte di interesse, determina di aggiudicazione n. 1985 del 02.09.2024 del comune di modica nella parte di interesse, lettera di invito-disciplinare di gara nella parte di interesse e qualsiasi atto presupposto, dipendente e/o esecutivo nei limiti di interesse

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Suprema Appalti S.r.l. e del Comune di Modica;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2025 il dott. Andrea Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 55/2024 del 22/01/2024, il Comune di Modica indiceva una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett.

c) D.Lgs. n. 36/2023, per l'affidamento dei *“lavori di mitigazione del rischio idrogeologico per esondazione mediante regimentazione delle acque del torrente passogatta a monte del ponte passogatta, sul torrente passogatta - CIG B01E986953 - CUP J84H20001250001”*, per un importo a base d'asta di € 760.000, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

Alla selezione dei concorrenti procedeva, in virtù di accordo ex artt. 15 Legge 241/1990 e 22 L.R. 7/2019, la Stazione Unica Appaltante del Libero Consorzio Comunale di Ragusa, individuandoli tra gli iscritti negli albi del Comune di Modica, conformemente al principio di rotazione.

La lettera d'invito, all'art. 14, prescriveva, quale requisito di qualificazione, il possesso di attestazione SOA nella categoria OG8 *“Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica”* per la classifica III (doc. 4 di parte ricorrente).

Alla procedura partecipavano due operatori economici: Alma Group s.r.l. e la costituenda A.T.I. tra Suprema Appalti s.r.l., in qualità di mandataria, e Astra s.r.l. Costruzioni Generali, in qualità di mandante.

Alma Group s.r.l., già titolare di qualificazione nella categoria OG8 per la classifica I, allegava all'offerta un contratto di avvalimento concluso con Intercontinentale Servizio Igiene s.r.l. per il prestito di attestazione SOA per

la classifica II della medesima categoria (doc. 18 della parte controinteressata).

Quanto all'ATI concorrente: la mandataria Suprema Appalti si obbligava ad eseguire il 70% dei lavori afferenti alla categoria OG8, di cui possiede la qualificazione per la classifica II; la mandante Astra s.r.l. Costruzioni Generali -che si impegnava per il restante 30%- , giacché priva di attestazione SOA, dichiarava in gara di fare affidamento, tramite contratto di avvalimento, sulla capacità dell'impresa ausiliaria Pace Costruzioni s.r.l. per il prestito di qualificazione per la classifica I della categoria OG8, (doc. 7 della parte controinteressata).

In ragione del maggior ribasso offerto (pari al 26,423% sull'importo a base d'asta), con determina n. 1985 del 02.09.2024 (doc. 1 di parte ricorrente) l'Amministrazione aggiudicava la gara al raggruppamento tra Suprema Appalti s.r.l. ed Astra s.r.l. Costruzioni Generali.

Avverso il predetto provvedimento è insorta Alma Group s.r.l. che, con ricorso notificato il 2.10.2024 e depositato il 9.10.2024, ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare, per i seguenti motivi:

1. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 e dell'art. 104, comma 2 del d.lgs. 36/2023 - violazione degli artt. 14 e 15 della lex specialis – difetto e carenza di motivazione e di istruttoria - violazione art. 97 Costituzione - violazione del principio del favor participationis - difetto istruttoria e di motivazione - violazione dei principi comunitari e nazionali della concorrenza, dell'imparzialità, della par condicio e della trasparenza- Eccesso di potere per travisamento dei fatti – ingiustizia manifesta - illogicità ed irragionevolezza.*

Con il primo motivo si deduce la nullità strutturale, per indeterminatezza dell'oggetto, del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante del raggruppamento aggiudicatario, Astra s.r.l. Costruzioni Generali, e l'ausiliaria Pace Costruzioni s.r.l. circa il prestito dell'attestazione SOA relativa alla categoria di lavori OG8, classifica I, avendo l'impresa ausiliaria

mancato di mettere a disposizione dell'operatore economico l'intero apparato organizzativo che le ha consentito di ottenere la qualificazione in OG8. In particolare, il contratto non avrebbe ad oggetto le risorse e la manodopera necessarie all'esecuzione dei lavori specialistici commessi dal Comune di Modica, bensì solo dotazioni integranti "mezzi di uso comune" ad un'impresa; così da connotare il prestito del requisito di carattere puramente cartolare. Dall'oggetto dell'accordo sarebbe inoltre rimasta esclusa la certificazione di qualità, di cui tuttavia Astra s.r.l. Costruzioni Generali è ugualmente priva.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 e dell'art. 104 del d.lgs. 36/2023 - violazione della lex specialis – difetto e carenza di motivazione e di istruttoria - violazione art. 97 Costituzione - violazione del principio del favor participationis - difetto istruttoria e di motivazione - violazione dei principi comunitari e nazionali della concorrenza, dell'imparzialità, della par condicio e della trasparenza- Eccesso di potere per travisamento dei fatti – ingiustizia manifesta - illogicità ed irragionevolezza.

Con il secondo motivo si lamenta che l'elenco dei mezzi messi a disposizione da Pace Costruzioni s.r.l., allegato al contratto di avvalimento, si esaurirebbe, in ogni caso, in un catalogo di attrezzature ritenute dall'esponente inadeguate per i lavori richiesti dall'Amministrazione comunale (che includono, tra le altre attività, anche la canalizzazione di corsi d'acqua, l'eradicazione di piante e il taglio manuale di alberi); ciò a comprova del carattere cartolare e non effettivamente operativo del negozio posto in essere tra le parti.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 e 30 allegato II.12 D.lgs. 36/2023 – violazione e falsa applicazione art. 100 e 68 del d.lgs. 36/2023 - violazione della lex specialis – difetto e carenza di motivazione e di istruttoria - violazione art. 97 Costituzione - violazione del principio del favor participationis - difetto istruttoria e di motivazione - violazione dei principi comunitari e nazionali della concorrenza, dell'imparzialità, della par condicio e della trasparenza. Eccesso di potere per

travisamento dei fatti – ingiustizia manifesta - illogicità ed irragionevolezza.

Con il terzo mezzo la ricorrente censura la discordanza tra il requisito di qualificazione speso in gara da Suprema Appalti s.r.l., per la categoria OG8, classifica II (pari ad € 516.000) e la (maggiore) quota di esecuzione dichiarata (corrispondente al 70% dei lavori commessi in appalto, per un importo di € 532.000); che nella specie non sarebbe riconciliabile in virtù del beneficio dell'incremento del quinto, poiché non applicabile alla capogruppo mandataria dell'A.T.I. stante il divieto stabilito dall'art. 2, comma 2, dell'allegato II.12 al D.Lgs. n. 36/2023.

4. Violazione art. 99 e art. 24 del d.lgs. 36/2023 – Violazione dell'art. 17, comma 5, del d. lgs. n. 36/2023 - difetto di istruttoria - eccesso di potere per sviamento – violazione par condicio – violazione art. 97 Costituzione.

L'esponente, in ultimo, contesta al Comune di Modica di: i) non aver verificato l'esistenza dei requisiti generali dell'aggiudicataria al momento della presentazione dell'offerta; ii) non aver effettuato l'accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE); iii) essersi limitato a verificare l'assenza solo di alcune delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 D.lgs. 36/2023, in asserita violazione delle prescrizioni del medesimo Codice dei Contratti Pubblici che regolano la tempistica e le modalità del controllo dei requisiti.

Alma Group s.r.l. ha inoltre spiegato domanda di risarcimento del danno.

Con atto notificato e depositato il 21.10.2024, la controinteressata Suprema Appalti s.r.l. (già costituita in giudizio con memoria depositata il 16.10.2024) ha proposto, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria, ricorso incidentale avverso l'ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale per i seguenti motivi:

I. Violazione dell'art. 94 D.lgs. n. 36/2023 - Violazione dell'art. 96 D.lgs. n. 36/2023 – Eccesso di potere – Erroneità dell'istruttoria – Erronea valutazione di

documentazione - Violazione del principio di trasparenza e correttezza - Violazione del principio della par condicio - Violazione della lex specialis.

Assume la ricorrente incidentale che Alma Group s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa per carenza dei requisiti di ordine generale dell'ausiliaria Intercontinentale Servizio Igiene s.r.l., avendo quest'ultima compilato nel DGUE la casella relativa alla sussistenza di condanne per partecipazione ad organizzazione criminale, benché la stessa avesse dichiarato di non versare in alcuna delle cause di esclusione automatica dalla procedura.

II. Violazione dell'art. 94 D.lgs. n. 36/2023 - Violazione dell'art. 96 D.lgs. n. 36/2023 – Eccesso di potere – Erroneità dell'istruttoria – Erronea valutazione di documentazione – Violazione del principio di trasparenza e correttezza- Violazione della lex specialis.

Si contesta, inoltre, che l'ausiliaria Intercontinentale Servizio Igiene s.r.l. ha omesso di rendere la dichiarazione obbligatoria relativa al “pagamento di imposte e tasse”, rilevante ex art. 94 comma 6 D.lgs. n. 36/2023 come causa di esclusione automatica.

III. Violazione dell'art.104 D.lgs. n. 36/2023 – Violazione dell'art. 100 D.lgs. n. 36/2023 –Violazione degli artt. 14 e 15 della lex specialis – Eccesso di potere- Illogicità ed Irragionevolezza manifesta.

Con argomentazione speculare a quelle svolte nei primi due motivi del ricorso principale, Suprema Appalti s.r.l. eccepisce la nullità per indeterminatezza del contratto di avalimento concluso tra Alma Group s.r.l. e Servizio Igiene s.r.l., sul rilievo della natura meramente cartolare e astratta del prestito del requisito, non corredato dell'effettiva messa a disposizione di tutto ciò che ha consentito all'impresa ausiliaria di ottenere l'attestazione SOA nella categoria OG8 classifica II. Inoltre, mentre i mezzi offerti sarebbero inadeguati alle lavorazioni da espletare, per altro verso nel contratto non si fa riferimento a manodopera specializzata, bensì soltanto ad operai comuni.

Si è costituito per resistere il Comune di Modica.

Alla camera di consiglio del 24.10.2024 la ricorrente principale ha rinunciato alla domanda cautelare.

Dopo scambio di ulteriori atti difensivi, all'udienza pubblica del 16 gennaio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

A) Rileva preliminarmente il Collegio che, nel vaglio delle impugnative, è data precedenza allo scrutinio del ricorso principale in conformità alla giurisprudenza formatasi dopo la pronuncia della Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019, causa C-333/18 (“Lombardi”), che -nella riaffermata rilevanza, nel contenzioso sui contratti pubblici, degli interessi eterogenei-valorizza (insieme all’interesse finale all’aggiudicazione della gara anche) l’interesse strumentale del ricorrente principale alla possibile riedizione della procedura, per il caso di accoglimento del ricorso incidentale. Ne deriva che, nell’*ordo questionum*, assume priorità la trattazione del gravame principale giacché, mentre l’eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l’improcedibilità del primo, viceversa l’eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare improcedibile il ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13/10/2020 n. 6151).

B.1) Venendo, dunque, all’esame del ricorso principale, si osserva quanto segue.

Il primo motivo, con cui Alma Group s.r.l. deduce la nullità strutturale del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante del raggruppamento aggiudicatario, Astra s.r.l. Costruzioni Generali e Pace Costruzioni s.r.l., è infondato.

Non ignora, al riguardo, il collegio che l’oggetto del contratto di avvalimento tra operatore economico e impresa ausiliaria si configuri diversamente secondo che si tratti di avvalimento di garanzia ovvero

operativo, richiedendosi, in questo secondo caso, la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente.

È altresì consolidato in proposito il principio per cui l'indagine sugli elementi essenziali dell'avvalimento operativo dev'essere improntata alle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, in particolare, ai canoni dell'interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali ex artt. 1363 e 1367 cod. civ. (Cons. Stato, Ad. Plen. 14 novembre 2016 n. 23).

Sulla base delle generali regole civilistiche va del pari risolto in senso positivo il tema della possibile "determinabilità" dell'oggetto del contratto di avvalimento (che, dunque, può essere determinato ovvero anche solo determinabile). Il contratto di avvalimento non deve, quindi, necessariamente spingersi 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"* (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (Cons. Stato, sez. V, 3.1.2024 n. 119 anche per ulteriori richiami di giurisprudenza).

Va, inoltre, richiamato il principio -ancora di recente ribadito da questo Tribunale con sentenza della Sezione II n. 1432 del 16 aprile 2024, invocata anche dalla ricorrente principale- in base al quale l'avvalimento può

pacificamente avere ad oggetto l'attestazione SOA, che, ai sensi dell'art. 1, Allegato II.12 del D.lgs. 36/2023, per gli appalti di lavori di importo superiore a 150.000 Euro è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento. Stante, però, la maggiore pregnanza in tal caso dell'esigenza di assicurare l'idoneità all'esecuzione dei lavori commessi, per la validità del contratto occorre che sia messo a disposizione *“l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA e che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento”* (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 820; nello stesso senso, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22). Ne deriva l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto (l'attestazione SOA), quale mero valore astratto e cartolare, ma *“assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità”* (Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22, cit.).

Gli indirizzi sinteticamente rassegnati sono confluiti nel vigente art. 104 comma 2 D.lgs. 36/2023 secondo il quale, ove l'avvalimento sia concluso per procurarsi un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, esso ha per oggetto *“le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta”*.

Declinati nella vicenda in esame, i superiori principi normativi e giurisprudenziali non avallano l'assioma demolitorio della ricorrente principale, non potendosi valutare la fattispecie in oggetto pienamente sovrapponibile a quella decisa nella menzionata sentenza di questo T.A.R. Sicilia – Catania, sez. II, n. 1432/2024.

Nel contratto di cui si discute la mandante Astra s.r.l. Costruzioni Generali e l'ausiliaria Pace Costruzioni s.r.l. hanno espressamente convenuto che:

“[...] 3) l'impresa ausiliaria si impegna [...] a mettere a disposizione dell'impresa avvalente le seguenti risorse: “Attestazione SOA per la categoria OG8 classifica I, rilasciata dalla MEDITERRANEA SOA S.p.A., n. 59923/3/00 in data 06/12/2023 [...]”;

4) L'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa avvalente il proprio Know-How tecnologico e commerciale, a mezzo della propria direzione tecnica e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento, il numero necessario di Squadre tipo, composte dal D.T., 1 operaio qualificato e 1 operaio comune, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato, con l'impegno ad incrementare, a seconda della particolarità di esecuzione di talune lavorazioni, ove necessario e/o richiesto dalla Direzione lavori, con altre figure professionali specializzate nello specifico settore, sia tecnico, sia di cantiere;

5) L'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa avvalente le risorse ed i mezzi necessari (in termini di dotazione di personale, attrezzature e mezzi d'opera): - Autocarro con gru P112H8X4LCTG; Autocarro targa CN193AG; Terna; Minipala gommata; Rullo; Escavatore; Motogeneratore; Motosaldatrice; Impianto semaforico; utensileria varia di cantiere; minuteria varia, ecc. [...]”.

A differenza dalla fattispecie decisa dalla ridetta sentenza n. 1432/2024 (laddove il giudizio di nullità si fondava sulla rilevata carenza nell'oggetto del contratto delle risorse ritenute *“indispensabili all'esecuzione dell'appalto, relative alla direzione tecnica (art. 25 dell'Allegato II.12 del Codice) e alla manodopera dotata di idonea preparazione e qualificazione in relazione alle lavorazioni da effettuare”*) nel caso in oggetto l'impresa ausiliaria ha offerto, insieme al know how tecnico e commerciale, la *“direzione tecnica”* e *“tutto lo staff tecnico”* in funzione di coordinamento nonché una forza lavoro (articolata in *“squadre tipo”* di direttori tecnici, operai comuni e operai specializzati) in

misura proporzionata e modulata in ragione delle necessità esecutive delle opere, con impegno a somministrare ancora *“altre figure professionali specializzate nello specifico settore, sia tecnico, sia di cantiere”*.

L'entità delle risorse messe a disposizione coinvolge, dunque, in modo complessivo (e non parziale) l'organizzazione dell'impresa ausiliaria. L'esplicito riferimento *“allo specifico settore”* vale inoltre a caratterizzare l'impegno come qualificato rispetto al segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara.

La circostanza, poi, che l'entità delle squadre tipo sia commisurata nel *“numero necessario”* non vizia la pattuizione d'indeterminatezza. Come osservato dalla giurisprudenza al cospetto di clausole di uguale tenore, infatti, il negozio *“lungi dall'essere viziato per genericità di siffatta indicazione, risulta coerente con l'indicato orientamento giurisprudenziale in materia di avvalimento operativo, secondo cui il contratto di avvalimento non deve necessariamente indicare la quantità dei mezzi d'opera, le qualifiche del personale messo a disposizione ovvero la dotazione numerica dello stesso personale, essendo sufficiente la messa a disposizione di personale qualificato, purché siano evincibili i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti”* (Cons. Stato, sez. V, 3.1.2024 n. 119 cit.; cfr. anche Cons. Stato sez. V, 3.9.2021, n. 6212).

B.2) Rinviando alle considerazioni *infra* svolte sul secondo motivo di ricorso (circa l'allegata insufficienza dei mezzi), si palesa immune dal contestato vizio d'indeterminatezza anche il catalogo delle dotazioni e dei mezzi offerti dall'impresa ausiliaria, che, tenuto conto delle dotazioni già in possesso del raggruppamento (doc. 24 della controinteressata) e della quota di esecuzione assegnata alla mandante (pari al 30% del valore delle opere), appare sufficientemente specifico da consentire all'Amministrazione di valutare l'effettiva messa a disposizione dei mezzi contrattualmente individuati.

B.3) Non coglie nel segno neppure la censura di omessa attribuzione della

certificazione di qualità.

L'art. 4 comma 3, All. II.12, del D.lgs. 36/2023 stabilisce che: *“Il possesso della certificazione di qualità aziendale, rilasciata da organismi di certificazione accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA”*.

A tale prescrizione si conforma l'attestazione SOA offerta dall'impresa ausiliaria, che espressamente recepisce la certificazione di qualità (cfr. doc. 5 della ricorrente incidentale).

Ora, poiché, come precisato in giurisprudenza, *“di regola, è l'attestazione SOA, in base all'art. 84, comma 4, lettera c), del Codice dei contratti, a dare conto anche dell'esistenza della certificazione di qualità”* (Cons. Stato, Sez. V, n. 2932/2019) e poiché, per il maggior importo complessivo dell'appalto pari a € 760.000 (espressamente richiamato nelle premesse del negozio), la classifica I (della categoria OG8), oggetto dell'avvalimento in discorso, costituisce una frazione della superiore classifica III richiesta dalla lettera d'invito -la quale necessariamente presuppone il possesso della certificazione di qualità ex art. 4 comma 1 All. II.12-, i menzionati canoni ermeneutici di cui agli artt. 1363 e 1367 cod. civ. portano ad interpretare la clausola del contratto, con cui Pace Costruzioni s.r.l. ha messo a disposizione la sua *“Attestazione SOA per la categoria OG8 classifica I, rilasciata dalla MEDITERRANEA SOA S.p.A.”*, come comprendente anche la certificazione di qualità; non trovando altrimenti compimento la causa in concreto del negozio.

In definitiva, non si ravvisano elementi per ritenere che il contratto di avvalimento in esame si risolva in una “scatola vuota” ossia in un trasferimento solo documentale, cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto. Donde la complessiva infondatezza della censura.

C) Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente principale contesta

l'inadeguatezza dei mezzi aziendali offerti dall'impresa ausiliaria.

Invero, tale censura sposta l'asse argomentativo dal piano del giudizio sulla validità del contratto di avvalimento (sul quale si muoveva il primo motivo di ricorso) al differente piano delle valutazioni tecnico-discrezionali della Stazione Appaltante (cfr. Cons. Stato sez. V 12/02/2020, n. 1118, punto 7 delle motivazioni), con i correlati limiti al sindacato del giudice amministrativo, circoscritto alle fattispecie del travisamento del fatto e dei macroscopici vizi di illogicità, irrazionalità o irragionevolezza.

Nel caso di specie, avuto riguardo alla tipologia dei lavori appaltati (come dettagliati nel computo metrico: doc. 8 dell'a.t.i. aggiudicataria), alla quota di esecuzione spettante ad Astra s.r.l. Costruzioni Generali (pari, come ricordato, al 30% dell'importo dell'appalto) e ai mezzi già nella disponibilità del raggruppamento (cfr. doc. 24 cit.), le valutazioni dell'Amministrazione appaiono scevre dai predetti vizi.

Né a diversa conclusione orienta la relazione tecnica versata in atti dalla ricorrente principale (doc. 18) che, non suffragata da oggettivi elementi di confutazione idonei a contestare *ab intrinseco* l'apprezzamento tecnico-discrezionale della stazione appaltante, sembra risolversi, piuttosto, in una comparazione tra i propri mezzi e quelli della controinteressata.

Si soggiunga, poi, che, ai sensi dell'art. 104 comma 9 D.lgs. n. 36/2023 (v. anche art. 8 lett. i) All. n. 1.2), *“In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento...”*.

Come si può notare, la norma affida al RUP importanti compiti di vigilanza

e di controllo in fase di esecuzione del contratto circa l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avvalimento.

Ciò può avvenire anche tramite l'acquisizione "sul campo" di un aggiornato inventario dei beni aziendali che garantisca l'avvenuta prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra e, conseguentemente, il "risultato" della buona esecuzione del contratto di appalto, dovendo altrimenti il RUP procedere alla sua risoluzione (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26.10.2023 n. 782).

Anche sotto questo profilo, quindi, la doglianza non è meritevole di accoglimento.

D) Il terzo motivo di ricorso, con cui si deduce l'inapplicabilità alla mandataria Suprema Appalti s.r.l. del beneficio dell'incremento del quinto, è contraddetto dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, nel recepire i principi di diritto enunciati in materia dalla Corte di Giustizia UE, ha rilevato come *"il beneficio del c.d. "incremento del quinto" - ancorché formalmente escluso dalla norma regolamentare vigente - debba ormai poter essere utilizzato anche dalla mandataria senza alcuna limitazione, alla luce della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2022 (C-642/2020), ove si afferma che "l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale (art. 83, comma 8, III periodo, del D.Lgs. n. 50 del 2016 n.d.r.) secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria. La Corte di giustizia ha concluso che la normativa nazionale, nel fissare una disciplina più rigorosa (a suo tempo indistintamente imponendo, per tutti gli appalti pubblici, sia che la mandataria eseguisse la maggior parte delle prestazioni, sia che*

possedesse i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria), non fosse compatibile con la normativa eurounitaria, potendo in via residuale delle limitazioni essere imposte a singoli partecipanti a raggruppamenti di imprese, purché però nell'ottica di un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche”; con l’effetto che: “Analogamente va disapplicata la disposizione di cui all’art. 2, comma 2 dell’allegato II.12 al predetto D.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui stabilisce che "... la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 30, comma 2" (Cons. Stato, sez. V, 07/03/2024 n. 2227).

E) Privo di pregio è, infine, il quarto mezzo di gravame, con cui Alma Group s.r.l. contesta la tardività e incompletezza delle verifiche espletate dalla Stazione Unica Appaltante sui requisiti generali di partecipazione del raggruppamento aggiudicatario.

Dai documenti versati in atti si evince, anzitutto, che, contrariamente agli assunti attorei, l’Amministrazione ha attivato il FVOE di Suprema Appalti e ha contestualmente domandato l’approvazione dell’operatore economico all’accesso (docc. 12 e 13 del 21.10.2024 della ricorrente incidentale).

Sotto altro profilo, nel provvedimento di aggiudicazione si legge che il Comune di Modica ha previamente acquisito le seguenti certificazioni:

“DURC agli atti prot. n. 44088 del 29.8.2024;

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Ragusa (casellario giudiziario): essendo trascorsi trenta giorni dalla richiesta di certificazione prot. n. 24948 del 13.5.2024, ai sensi del comma 4 bis dell’art. 88 del D.lgs. 159/2011, avendo acquisite le autocertificazioni relative, si potrà procedere alla stipula del disciplinare sotto condizione risolutiva;

C.C.I.A.A. di Ragusa: agli atti prot. n. 22348 del 29.4.2024;

Agenzia delle Entrate agli atti in data 7.6.2024 prot. n. 30210;

White List prot. n. 25502 del 15.5.2024;

Tributi Locali prot. n. 27451 del 24.5.2024” (doc. 1 di parte ricorrente pag. 2).

Risulta, quindi, osservato in specie il necessario ordine di priorità della verifica dei requisiti rispetto all’aggiudicazione della gara, oggi espressamente scandito dall’art. 17 comma 5 D.lgs. 36/2023. Né, d’altra parte, la società esponente ha documentato sostanziali carenze nell’aggiudicatario di requisiti generali tali da giustificarne l’esclusione dalla procedura; in particolare non risultano contestate irregolarità contributive, sia definitive sia non definitive, sicché anche la prospettata cesura nella continuità della regolarità contributiva (peraltro motivata esclusivamente in ragione del periodo di latenza di un mese tra la scadenza di un certificato e il rilascio di quello successivo, comunque favorevole: cfr. pag. 11 della memoria ex art. 73 c.p.a. di parte ricorrente) risulta priva di riscontro.

In definitiva, l’acclarata infondatezza di tutti i motivi del ricorso principale - da cui discende anche l’infondatezza della correlata domanda di risarcimento del danno- determina la sopravvenuta carenza d’interesse di Suprema Appalti s.r.l. alla coltivazione del ricorso in via incidentale, con conseguente declaratoria d’improcedibilità di quest’ultimo.

Alla luce della disamina svolta, pertanto, il ricorso principale dev’essere respinto, mentre il ricorso incidentale dev’essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti tenuto conto della complessità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuto difetto d’interesse.

Compensa tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2025
con l'intervento dei magistrati:

Giuseppa Leggio, Presidente

Manuela Bucca, Referendario

Andrea Maisano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Andrea Maisano

IL PRESIDENTE

Giuseppa Leggio

IL SEGRETARIO