

Publicato il 05/07/2018

N. 07472/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 03632/2018 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 il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3632 del 2018, proposto da Aniem Lazio – Collegio Edile Regionale Aniem Lazio, Confapi Roma – Associazione della Piccola e Media Impresa di Roma e Edilgamma S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Paolo Borioni, con domicilio digitale ex art. 25 cpa nonchè in Roma, via Luigi Ceci 21;

*contro*

Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanna Albanese, con domicilio digitale ex art. 25 cpa nonchè in Roma, via IV Novembre 119/A presso l'Avvocatura dell'Ente;

*per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia*

A - della Determinazione Dirigenziale a contrarre R.U. 6104 del 29 dicembre 2017 di Città Metropolitana DI ROMA CAPITALE

relativa all'appalto di "Manutenzione ordinaria quadriennale- Lavori di ripristino ed interventi a misura negli edifici scolastici di pertinenza della Città Metropolitana di Roma Capitale" e di ogni atto presupposto, conseguente e/o connesso;

B - del Bando di Gara relativo all'appalto "Manutenzione ordinaria quadriennale- Lavori di ripristino ed interventi a misura negli edifici scolastici di pertinenza della Città metropolitana di Roma Capitale" suddiviso in n 12 Lotti indetto della Città Metropolitana di Roma Ccapitale pubblicato in data 28 febbraio 2018 in GUCE limitatamente ai Lotti n 1, 2, 3, 5, 8 e 9;

C - dei chiarimenti resi alla data del 26 marzo 2018 dell'Avviso di Rettifica del Bando del 9 marzo 2018; - del Disciplinare di Gara nella sua originaria versione ed in quella Rettificata relativo ai Lotti n 1, 2, 3, 5, 8 e 9 e dei connessi Allegati 1-5; - del Capitolato Speciale d'Appalto e dei relativi Allegati A e B limitatamente ai Lotti n 1, 2, 3, 5, 8 e 9; - degli Elaborati tecnici e di Progetto messi a disposizione sul sito dei Lotti n 1, 2, 3, 5, 8 e 9; - dei provvedimenti - che fossero nelle more adottati - di ammissione ai Lotti n 1, 2, 3, 5, 8 e 9 di quei concorrenti che non fossero in possesso di attestazione SOA OG2 per Classifica adeguata alla entità dei Lotti cui partecipano; - del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e/o definitiva che fosse nelle more adottato limitatamente ai Lotti n 1, 2, 3, 5, 8 e 9; - di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi limitatamente ai Lotti n 1, 2, 3, 5, 8 e 9.;

-nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more con richiesta di subentro nonché per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2018 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati ai punti A, B e C dell'epigrafe, lamentandone l'illegittimità in forza di articolati motivi di diritto e chiedendone l'annullamento previa concessione di tutela cautelare.

Ha altresì chiesto di dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con subentro nello stesso nonché condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno patito per effetto dell'illegittima attività posta in essere.

Premettono le istanti che con bando di gara spedito al GUCE il 28 febbraio 2018 la Città Metropolitana di Roma Capitale ha indetto la procedura aperta de qua per l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto la manutenzione ordinaria quadriennale – lavori di ripristino ed interventi a misura negli edifici scolastici di pertinenza della Città Metropolitana di Roma Capitale suddiviso in n. 12 lotti.

In sostanza l'appalto consiste nei lavori di manutenzione ordinaria che si renderanno necessari nell'arco temporale di 4 anni relativamente agli edifici scolastici di competenza dell'Amministrazione intimata, come da elenco allegato al capitolato

speciale (elenco integrabile a misura che l'Ente dovesse acquisire al proprio patrimonio ulteriori immobili).

La gara è suddivisa in 12 aree territoriali omogenee distinte in lotti; il valore stimato totale della gara è fissato in € 23.376.079,25, IVA esclusa, compresi gli oneri per la sicurezza e lavori in economia e rimborsi a fattura (indicati come in atti).

Ricordano le esponenti che ai sensi del par. 3 del disciplinare il criterio di aggiudicazione è stato indicato in quello della offerta economicamente più vantaggiosa – OEPV, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs n. 50/2016, valutata mediante il metodo aggregativo compensatore.

Ricordano altresì in ricorso le associazioni istanti che il par. 1.2 del disciplinare determina le modalità di partecipazione e di aggiudicazione per i vari lotti, come indicato in atti.

Deducono che ai sensi del par. 8.3 (“requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico professionale”) è previsto che “i soggetti di cui all'art. 45 comma 2 D,Lgs 50/2016 devono essere in possesso di attestazione rilasciata da società di attestazione “SOA” di cui al DPR 207/2010, regolarmente autorizzata e in corso di validità, la quale documenti il possesso della qualificazione per la categoria prevalente OG 1 per una classifica pari alla IV (fino ad € 2.582.000,00 o superiore)”.

Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte è stato indicato nella data del 10 aprile 2018 ore 12.00 e la data di svolgimento della gara è fissata al 13 aprile successivo.

Deduce pure parte istante che in data 9 marzo 2018 la stazione appaltante ha pubblicato un avviso di rettifica con il quale ha fornito la corretta interpretazione del citato par. 1.2 del disciplinare e ha

riaperto i termini di presentazione dell'offerta posticipandoli al 12 aprile 2018 (con conseguente spostamento della gara al 18 aprile successivo).

Contestano le ricorrenti che già con nota del 12 marzo 2018, esse istanti avevano rilevato taluni profili di illegittimità del bando e della gara, eccependo in particolare la non correttezza della scelta del criterio di aggiudicazione (individuato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in luogo di quella del prezzo più basso) nonché assumendo l'illegittima indicazione quale requisito di partecipazione della categoria SOA "OG1" in luogo della categoria "OG2"; posto che molti dei plessi scolastici oggetto di manutenzione risulterebbero essere immobili vincolati.

L'invito alla autotutela, sollecitato dalle associazioni ricorrenti, non ha avuto riscontro da parte dell'Amministrazione e pertanto le esponenti ricorrono con l'odierna impugnazione, lamentando l'illegittimità della legge di gara, in quanto lesiva, tra l'altro, della concorrenza e segnatamente delle imprese che sono titolari di certificato SOA per la categoria "OG2", categoria che l'Amministrazione non ha individuato quale categoria prevalente, come viceversa doveva esser fatto.

In particolare, le associazioni ricorrenti articolano i seguenti motivi di diritto:

*1. Violazione ed erronea applicazione degli artt. 83, 84, 146 ss e 216, comma 19, del D,Lgs n. 50/2016, in relazione alla normativa in tema di indicazione dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dai concorrenti secondo il sistema SOA di cui al DPR n. 207/2010. Violazione dell'art. 58 della Direttiva n. 2014/24. Violazione del Decreto interministeriale del 22 agosto 2017, n. 154 emanato dal Ministro dei Beni e delle Attività Culturali e del*

*Turismo di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Violazione del DPR n. 207/2010. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, contraddittorietà, carente di erronea motivazione, carente ed erronea istruttoria, sviamento. Illegittimità diretta e derivata.*

In primo luogo si contesta, come già sopra detto, la scelta della categoria OG1 quale categoria prevalente, posto che l'appalto de quo riguarda la manutenzione su edifici costituenti beni culturali vincolati (come si evincerebbe anche dalle relazioni tecniche di progetto).

Ne consegue che l'esecuzione di opere e/o lavori su beni di tal tipo, dovendo osservare la speciale disciplina come riveniente sia dal Codice dei Contratti che dal D.Lgs n. 42/2004, imporrebbe che i soggetti potenziali esecutori siano innanzi tutto e preminentemente muniti della apposita qualificazione (per l'appunto nel caso di specie la categoria "OG2" del sistema SOA).

E ciò per la preminente ragione che, in presenza di interventi su beni appartenenti a tali categorie, è imprescindibile che venga assicurato l'interesse pubblico alla conservazione e protezione dei detti immobili.

La stessa ANAC avrebbe confermato la necessità della qualifica "OG2", atteso che è proprio la peculiarità del bene vincolato ad imporre la specifica qualificazione dell'appaltatore, e ciò indipendentemente dal tipo di intervento da praticare sull'immobile.

*2. Violazione ed erronea applicazione degli artt. Lett. OO-bis) OO-ter) 28, 83, 84, 146 ss. e 2016 comma 19 D.Lgs 50/2016, in relazione alla normativa in tema di indicazione dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dai concorrenti secondo il sistema SOA di cui DPR 207/2010. Violazione del Decreto interministeriale del 22 agosto 2017 n. 154 emanato dal Ministro dei*

*Beni e delle Attività Culturali e del Turismo di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti. Violazione del DPR 207/2010. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, contraddittorietà, carente ed erronea motivazione, carente ed erronea istruttoria, sviamento, Illegittimità diretta e derivata.*

In secondo luogo le ricorrenti ribadiscono l'erroneità della scelta della categoria prevalente, la quale consentirebbe ad una ditta semplicemente qualificata nella categoria OG1 di eseguire lavori su beni di interesse storico-culturale.

Inoltre, per quanto riguarda i lotti diversi dal lotto n. 1, l'Amministrazione avrebbe altresì errato nell'individuare la categoria prevalente ovvero la categoria scorporabile: avrebbe cioè dovuto indicare quantomeno le due categorie SOA che venivano in questione e sulla base della stima delle due categorie attribuire la qualificazione di categoria prevalente o scorporabile, evidenziando ciò nel bando di gara.

Così facendo l'Ente avrebbe congegnato una gara su beni vincolati, favorendo soggetti sforniti della relativa qualificazione specialistica, penalizzando viceversa le imprese qualificate per la riferita categoria OG 2.

*3. Violazione ed erronea applicazione degli artt. 83, 84 e 146 ss. D.Lgs n. 50/2016, in relazione alla normativa in tema di sistema di qualificazione dei requisiti e delle capacità che devono essere posseduti dai concorrenti secondo il sistema SOA di cui al DPR n. 207/2010. Violazione dell'art. 58 della Direttiva n. 2014/24. Violazione dell'art. 105 D.Lgs 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, contraddittorietà, carente ed erronea motivazione, carente ed erronea istruttoria, sviamento. Illegittimità diretta e derivata.*

Ancora, l'amministrazione avrebbe omesso di procedere ad una puntuale ricognizione e quantificazione delle lavorazioni che afferiscono ai manufatti sottoposti a regime vincolistico nonché ad una puntuale esposizione dei relativi importi.

Così facendo avrebbe eluso le necessarie autorizzazioni della sovrintendenza ed errato nell'individuare i requisiti di ammissione.

*4. Violazione ed erronea applicazione degli artt. 83, 84, 89 e 146 ss D.Lgs n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, contraddittorietà, carente ed erronea motivazione, carente ed erronea istruttoria, sviamento. Illegittimità diretta e derivata.*

Altresì illegittima sarebbe poi la previsione dell'avvalimento, come contemplata dal par. 8.3.5) del disciplinare, laddove l'istituto viene esteso alla disponibilità della certificazione di qualità, posto che tale certificazione non sarebbe annoverabile tra i requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnico-organizzativa in senso proprio.

Sulla base di tali doglianze le ricorrenti hanno concluso come trascritto in epigrafe.

Si è ritualmente costituita la Città Metropolitana di Roma Capitale, depositando memoria in data 7 maggio 2018.

L'amministrazione ha contestato tutti i motivi di ricorso, come da argomentazioni in atti.

Circa i primi tre motivi di gravame, la Città Metropolitana ha dedotto che le opere da effettuarsi, oggetto dei singoli lotti di gara, costituirebbero opere di "minuta manutenzione" necessaria al fine di garantire l'uso quotidiano dell'immobile scolastico, su sollecitazione del dirigente scolastico ed in occasione di esigenze quotidiane di ordinaria rilevanza.



Dal che si evincerebbe che non verrebbe in rilievo un'attività di restauro e manutenzione degli immobili in rilievo in senso proprio; con la conseguente correttezza della scelta operata dalla legge di gara laddove richiede la categoria OG1.

Quanto al quarto motivo di ricorso, incentrato sulla contestata possibilità di avvalimento per il possesso delle certificazioni di qualità, in disparte la non lesività della previsione, assume nel merito l'Amministrazione la piena ammissibilità dell'utilizzo dell'istituto de quo.

Ha concluso la Città Metropolitana di Roma per il rigetto del gravame nonché, quanto alla quarta doglianza articolata in ricorso per la sua inammissibilità.

La causa, chiamata alla camera di consiglio del 9 maggio 2018, è stata discussa e trattenuta in decisione, con espresso avviso ai sensi dell'art. 60, comma 1 cpa, della possibilità di definizione immediata.

2. Il ricorso può essere accolto per la ricorrenza dei vizi lamentati con i primi tre motivi di ricorso.

Ed invero come esposto in fatto, la legge di gara ha previsto, ai fini della comprova della necessaria qualificazione SOA, quale categoria prevalente la categoria OG1, laddove risulta dagli atti di causa che buona parte degli immobili in rilievo appartengono alla categoria dei beni culturali in quanto sottoposti a vincolo ai sensi della legge 1089/1939 ovvero ai sensi dell'art. 10 del D.Lgs 42/2004.

Rileva il Collegio che, in effetti, dalla documentazione versata in atti e segnatamente dalle relazione tecniche di progetto, emerge un cospicuo numero di edifici scolastici vincolati, sia nell'ambito della zona Nord del Comune di Roma (Municipi I – II), sia negli ambiti corrispondenti alla zona Nord (lotto II Municipi III – IV parte – VI

parte – Comune di Monterotondo – Comune di Fonte Nuova – Comune di Morlupo – Comune di Rignano Flaminio), zona Nord Comune di Roma (Municipi 1 ex 17, 14 e 15), nonché nell'area di Roma Municipio VII e Comune di Albano – Ariccia – Genzano e Marino).

Inoltre, come correttamente evidenziato dalla difesa di parte ricorrente, il protocollo di intesa tra Comune di Roma e Ministero dei Beni Ambientali e Culturali in data 8 settembre 2009 predica che tutti gli interventi su edifici o complessi comunali ricompresi nel centro storico della città, rappresentano beni di valore storico-culturale.

Ciò posto, ed essendo il dato incontrovertibile e neppure contestato dalla difesa comunale, deve darsi atto che, da una parte, di norma, l'esecuzione di opere e lavori di qualsiasi tipo su beni culturali necessita dell'autorizzazione della Soprintendenza (art. 21 IV comma del Codice dei beni Culturali e del Paesaggio); dall'altra che ogni intervento di conservazione e manutenzione dei beni in questione comporta l'osservanza delle prescrizioni emergenti dal combinato disposto di cui agli artt. 9 bis e 29, 6 comma del medesimo codice.

Inoltre si deve aggiungere che, lo stesso D. lgs n. 50/2016, all'art. 146, 1 comma, prescrive (per i lavori in rilievo ovvero contratti pubblici concernenti i beni culturali tutelati ex D.Lgs n. 42/2004) in capo agli operatori il possesso dei requisiti di qualificazione specifici ed adeguati onde assicurare la tutela dei beni *de quibus*.

Ai sensi poi del D.M. 11 novembre 2017 (recante il "Regolamento concernente gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del D, Lgs 22 gennaio 2004 n. 42) i soggetti esecutori dei lavori di manutenzione di beni di tal sorta devono possedere

l'apposita qualificazione dei requisiti e delle capacità, segnatamente l'attestazione inerente la categoria OG2 del sistema SOA di cui al DPR n. 207/2010, giusto quanto previsto dall'art. 146 e ss. Codice dei Contratti e del Codice dei Beni Culturali.

Ma se così è, rileva il Collegio che la presenza di un numero rilevante di edifici scolastici rientranti nella categoria de qua imponeva all'Amministrazione di richiedere la relativa qualificazione e non già il possesso della sola categoria OG1, ordinariamente valida per la effettuazione di lavori sugli edifici civili e industriali.

L'opzione assunta dall'amministrazione è sotto tale profilo illegittima.

Né si può seguire la tesi difensiva dell'ente, laddove controdeduce che, nel caso di specie, si tratterebbe di interventi di piccola manutenzione sugli edifici scolastici e che pertanto la richiesta della categoria OG2 sarebbe sproporzionata e non necessaria, atteso che si verte in tema di interventi cd. "minuti" (cfr. dettaglio pag. 4 della memoria difensiva della Città Metropolitana).

In sostanza secondo l'Amministrazione le lavorazioni effettivamente previste dagli atti di gara non sarebbero riconducibili per lo più a quella categoria di lavorazioni specialistiche tese al recupero, conservazione, consolidamento, trasformazione, ripristino, ristrutturazione ovvero manutenzione di immobili di interesse storico-culturale, come tali soggetti a tutela e per i quali sarebbe necessario la categoria OG2.

La tesi non convince in quanto nel caso di specie ciò che conta non è il dato meramente quantitativo derivante da una presunta tenuità degli interventi di manutenzione programmati, bensì quello

qualitativo legato all'esigenza imprescindibile di tutelare gli edifici in questione siccome beni per lo più rientranti tra gli immobili vincolati. Rileva insomma il ragionevole assunto secondo cui anche un intervento ordinario possa interessare una struttura immobiliare di rilevante pregio, nonché la ratio protettiva la quale evidentemente si prefigura le potenzialità dannose che anche interventi minimali possono comportare laddove maldestramente eseguiti.

La riferita esigenza di protezione supera e assorbe il rilievo difensivo dell'Amministrazione basato su di una asserita natura "ordinaria" e marginale degli interventi commissionati.

Dal che si inferisce altresì la non separabilità degli interventi minimali da quelli potenzialmente più rilevanti in termini di incidenza sull'immobile e la necessità della categoria SOA "OG2", posto che l'operatore maggiormente qualificato ricomprende e assorbe quello meno qualificato, laddove si tratti di assicurare (già astrattamente e al di là del lavoro concreto da eseguirsi) la tutela massima dell'edificio vincolato.

Né ciò appare lesivo della concorrenza, atteso che la concorrenza è sì bene primario, ma sicuramente recessivo rispetto alla preminente tutela del patrimonio storico-artistico.

Ciò posto, è altresì fondata la seconda doglianza, con cui la ricorrente lamenta che l'Amministrazione ha mancato altresì di differenziare i lavori da eseguirsi su immobili non vincolati da quelli da eseguirsi su immobili vincolati.

In sostanza, come condivisibilmente esposto in ricorso, quanto meno l'Amministrazione avrebbe dovuto differenziare gli immobili vincolati da quelli non vincolati, scorporando le dovute categorie di qualificazione (OG1 e OG2) e così articolando l'appalto secondo la

categoria e classifica corrispondente e/o scorporabile, evidenziando il tutto nel bando e prescrivendo le rispettive attestazioni in capo ai partecipanti.

L'Amministrazione ha invece richiesto quale requisito di qualificazione la sola categoria OG1, la quale dovrebbe, per così dire, "coprire" l'esecuzione totale degli interventi, su tutti gli immobili di cui all'appalto, indipendentemente dalla natura o meno vincolata dell'immobile.

Da ultimo, quanto al terzo motivo di gravame, va ribadito che le attività, di qualsiasi entità e natura esse siano, da compiersi sugli edifici costituenti beni vincolati dal punto di vista storico-culturale devono essere affidate a soggetti esecutori muniti dell'apposita qualificazione come richiesta dall'Amministrazione.

Così come deve ribadirsi l'illegittimità del bando, nella parte in cui non ha suddiviso preventivamente le lavorazioni da compiersi e gli immobili su cui esse devono essere compiute, al fine di individuare, come già rilevato, la categoria prevalente nonché quella scorporabile.

Riassumendo, tutti i primi tre motivi di ricorso devono essere ritenuti fondati.

3. Quanto al quarto motivo di ricorso, il Collegio ne rileva, viceversa, l'infondatezza.

Osserva infatti il Collegio che la legge delega del nuovo codice consente (art.1 lett.zz) che l'avvalimento abbia ad oggetto certificazioni di qualità o afferenti all'organizzazione imprenditoriale, richiedendo in tal caso solo un particolare rigore nel contenuto del relativo contratto (sull'ammissibilità v. recentemente CdS sez. V n. 2953/2018)

Il che significa che, ammessa in astratto la possibilità di avvalersi della certificazione di qualità, il problema concreto si sposta sulla prova della disponibilità di tale requisito, il quale, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio di conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività.

Valutazione questa che potrà essere fatta in concreto al momento dello scrutinio dell'offerta proposta da parte del concorrente che si avvale di tale requisito.

Sotto tale profilo dunque nessuna illegittimità è ravvisabile nella relativa previsione del bando di gara, atteso che la possibilità di ricorrere all'istituto de quo onde acquisire la disponibilità delle certificazioni di qualità è consentita dalla legislazione vigente e dalla corrente interpretazione giurisprudenziale.

4. Riassumendo e concludendo:

il ricorso deve essere accolto parzialmente per la ricorrenza dei vizi articolati ai punti 1), 2) e 3) dell'atto introduttivo, con riveniente annullamento in parte qua degli atti impugnati.

Sussistono i presupposti di legge per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente nei sensi di cui in parte motiva.

Spese compensate tra le parti..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio  
2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Filippo Maria Tropiano**

**IL PRESIDENTE**

**Antonino Savo Amodio**

**IL SEGRETARIO**