



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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 788 del 2020, proposto da -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Stajano, Mario Percuoco, Enrico Campagnano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ernesto Stajano in Roma, via Sardegna 14;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione:

a) della nota prot. n. -OMISSIS-, comunicata a mezzo pec, con la quale la -OMISSIS- ha notificato alla -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, la esclusione della procedura indetta per l'affidamento dei “lavori di cui al progetto denominato Comune di Nocera Inferiore – Completamento della rete fognaria – 1 Lotto”;

- b) del provvedimento prot.-OMISSIS-, di esclusione della -OMISSIS- dalla procedura controversa comunicato con il provvedimento sub a);
- c) della nota prot. n. -OMISSIS-con la quale la -OMISSIS- ha richiesto integrazione documenti per aggiudicazione efficace alla -OMISSIS-;
- d) della nota prot. -OMISSIS-di richiesta della documentazione per la comprova dei requisiti;
- e) della nota prot. -OMISSIS-con la quale la -OMISSIS- ha disposto la revoca dell'aggiudicazione della procedura in favore della -OMISSIS-. ed ha aggiudicato l'affidamento in favore del secondo classificato, -OMISSIS-;
- f) del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui per un appalto di lavori hanno richiesto ulteriori requisiti con particolare riferimento al punto 17.4 lett. b) che ha prescritto che ciascun concorrente dovesse essere in possesso oltre che della SOA anche della “realizzazione con esito positivo negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara di lavori nella categoria OG6 per un importo almeno pari a quello posto a base di gara”;
- g) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;
- nonché per l'accertamento, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, lett. d), n. 1), c.p.a.
- della nullità del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui per un appalto di lavori hanno richiesto ulteriori requisiti con particolare riferimento al punto 17.4 lett. b) che ha prescritto che ciascun concorrente dovesse essere in possesso oltre che della SOA anche della “realizzazione con esito positivo negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara di lavori nella categoria OG6 per un importo almeno pari a quello posto a base di gara”;
 - del diritto della società ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto controverso previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 luglio 2020 il dott. Raffaele Esposito e uditi per le parti i difensori collegati da remoto tramite "Microsoft Teams" come specificato nel verbale, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La -OMISSIS- s.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei "lavori di cui al progetto denominato Comune di Nocera Inferiore – Completamento della rete fognaria – 1 Lotto - Stralcio A. INT 7308" da aggiudicare con il criterio del minor prezzo.

La ricorrente ha partecipato alla procedura, avvalendosi dei requisiti (attestazione SOA e ed esecuzione di lavori analoghi a quelli oggetto di gara relativi all'ultimo triennio) del -OMISSIS- e collocandosi al primo posto in graduatoria.

All'esito del subprocedimento di comprova dei requisiti, la ricorrente è stata tuttavia esclusa dalla procedura con comunicazione dell'8 giugno 2020, in ragione della presentazione di "certificati di regolare esecuzione non idonei alla dimostrazione del possesso dei requisiti previsti dal punto 17.4, lettera b) del bando di gara essendo gli stessi rilasciati a soggetti consorziati del -OMISSIS- (ausiliario dell'aggiudicatario); dai suddetti certificati di regolare esecuzione dei lavori non si evince se gli stessi siano relativi a contratti stipulati dal -OMISSIS-".

Con ricorso notificato l'8 luglio 2020 e depositato il giorno successivo, insorge pertanto l'aggiudicataria esclusa.

Si costituisce la -OMISSIS- per resistere alle avverse censure. Non si è costituito, sebbene regolarmente intimato, il -OMISSIS-, nuovo aggiudicatario della procedura a seguito della revoca della aggiudicazione già disposta in favore della ricorrente.

2. Sulla base di quanto disposto dall'art. 120, comma 6, c.p.a., come modificato dal d.l. n. 76/2020, la causa è trattenuta alla camera di consiglio del 22 luglio 2020 per essere decisa con sentenza breve.

3. Con il primo motivo di ricorso si eccepisce la nullità del bando nella parte in cui richiede requisiti speciali di partecipazione ulteriori rispetto all'attestazione SOA. Il bando infatti prevede quale requisito di partecipazione, in aggiunta all'attestazione SOA per la categoria OG6 - classifica IV, tra gli altri, la realizzazione, con esito positivo, di lavori nella categoria OG6 per un importo almeno pari a quello posto a base di gara, negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando (punto 17.4, lett. b) del bando).

Tale prescrizione sarebbe in contrasto con l'art. 60 del d.p.r. n. 207/2010 e con l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 che considerano l'attestazione di qualificazione condizione necessaria e sufficiente a dimostrare il possesso dei requisiti necessari alla partecipazione alle procedure di gara relative a lavori, con la conseguenza che le stazioni appaltanti non possono chiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione posseduta con procedure, modalità e contenuti diversi.

Con il secondo motivo di ricorso si lamenta la violazione degli artt. 45 e 47 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 36 del d.lgs. n. 163/2006, 81 e 94 del d.p.r. n. 207/2010 (applicabili in via transitoria ex art. 216, comma 14, del d.lgs. 50/2016) in quanto non è stato consentito al consorzio stabile il "cumulo alla rinfusa" dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa delle proprie consorziate. Infatti, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di cui al punto 17.4, lett. b), del bando di gara, la ricorrente ha presentato certificati di regolare esecuzione

rilasciati a consorziate del -OMISSIS-, pertanto non relativi a contratti stipulati direttamente dal Consorzio.

Con il terzo motivo di ricorso si ravvisa l'illogicità e l'irrazionalità dell'attività amministrativa seguita all'esclusione della ricorrente; il -OMISSIS-odierno controinteressato e aggiudicatario della procedura a seguito della revoca dell'aggiudicazione nei confronti della ricorrente ha infatti dimostrato il possesso dei requisiti speciali facendo riferimento alle proprie consorziate e quindi mediante il cumulo alla rinfusa.

4. Il ricorso è fondato.

Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso per notifica dello stesso alla stazione appaltante oltre il termine di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a., per come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 12/2020, decorrendo tale termine non dalla comunicazione del provvedimento ma dalla conoscenza dell'atto, avvenuta il 5 giugno 2020, a seguito della pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante.

L'eccezione non può trovare accoglimento.

Occorre considerare che la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato fa riferimento alla data di pubblicazione del provvedimento risultante dal sito e non dal provvedimento stesso; si afferma infatti che “Ritiene inoltre l'Adunanza Plenaria che, per la individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione, rileva anche l'art. 29, comma 1, ultima parte, del ‘secondo codice’, per il quale <<i>termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente>>. L'impresa interessata – che intenda proporre un ricorso - ha l'onere di consultare il profilo del committente, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito)”.

Il provvedimento ben potrebbe recare una data di pubblicazione prevista nell'ambito dello svolgimento dell'attività amministrativa ma non concretizzatasi con la effettiva pubblicazione; ciò risulta ancor più evidente nel caso di specie in cui le date riportate dal provvedimento risultano contraddittorie e perciò non in grado di fondare adeguatamente una valutazione di tardività del ricorso: stranamente, il provvedimento reca il protocollo n. -OMISSIS-mentre la firma digitale allo stesso apposta è addirittura successiva e risalente al 5.6.2020 – ore 10:23:17; appare pertanto assai poco affidabile l'espressione riportata in calce al provvedimento “pubblicato sul profilo del Committente della Stazione Appaltante in data 05.06.2020”, in quanto comunque non in grado di dare certezza circa l'effettiva pubblicazione in quella data.

Emerge allora l'essenzialità della precisazione recata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria che, a proposito della decorrenza del termine di impugnazione dell'atto dalla pubblicazione sul profilo di committente, prevede che tale data “deve costantemente risultare dal sito”; solo la risultanza del sito, mediante l'automatica registrazione della data di caricamento di ciascun documento, può dare alla data di pubblicazione quel livello di certezza necessario affinché possa essere presa come riferimento ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, non potendo altrimenti decorrere da una data legata ad affermazioni unilaterali della parte resistente.

Pertanto, in mancanza di una data di pubblicazione caratterizzata da certezza, il termine di impugnazione non può che essere fatto correre dalla data della comunicazione individuale del provvedimento di esclusione che, nel caso di specie, ha l'affidabilità derivante dalla modalità di trasmissione mediante messaggio di posta elettronica certificata e dalla data a questo apposta dal sistema informatico (8 giugno 2020 – ore 16:17).

5. È poi suscettibile di favorevole delibazione il primo motivo di ricorso.

Il punto 17.4, lett. b), del bando di gara richiede, quale requisito di partecipazione, la "realizzazione, con esito positivo, negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, di lavori nella categoria OG6, per un importo almeno pari a quello posto a base di gara".

Tale requisito si aggiunge, quale requisito di capacità tecnica e professionale, a quello relativo al "possesso di certificazione rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 50/2016, regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti la qualificazione nella categoria e classe indicate al punto 6 del presente bando di gara" ovvero categoria OG6 - classifica IV.

Occorre rammentare che il sistema di qualificazione mediante attestazione SOA ha carattere di obbligatorietà e unicità ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara aventi ad oggetto lavori.

L'art. 60 del d.p.r. n. 207/2010 (applicabile in virtù dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016) considera, al comma 3, l'attestazione SOA "condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici" e aggiunge al comma 4 che "le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente capo nonché dal capo III del presente titolo".

La configurazione del sistema di qualificazione come unico, obbligatorio e vincolante sia per le stazioni appaltanti sia per le imprese non consente alle prime di chiedere requisiti ulteriori ai fini della partecipazione, sia nell'ambito economico finanziario di cui all'art. 83, comma 1, lett. b), sia in quello tecnico professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

Infatti i commi 4 e 6 del medesimo art. 83 recano una disciplina di massima di tali requisiti ma riferita alle procedure aventi ad oggetto servizi e forniture, rinviando, ai

commi 2 e 7, alla specifica disciplina in materia di lavori, che trova la sua radice normativa nell'art. 84 del medesimo decreto.

È proprio l'art. 84 a chiarire, al comma 1, 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” e, al comma 4, che “gli organismi di cui al comma 1 attestano: a) l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 che costituisce presupposto ai fini della qualificazione; b) il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale indicati all'articolo 83”, ribadendo al comma 5, con l'espressione “sistema unico di qualificazione degli esecutori di contratti pubblici”, il carattere di unicità del sistema di qualificazione relativo ai contratti di lavori.

Ciò trova rispondenza, a contrario, anche nel comma 7 del medesimo articolo secondo cui “Per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, oltre alla presentazione dell'attestazione dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi finalizzati: a) alla verifica della capacità economico-finanziaria ... b) alla verifica della capacità professionale per gli appalti per i quali viene richiesta la classifica illimitata. In tal caso il concorrente fornisce evidenza di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori; tale requisito si applica solo agli appalti di lavori di importo superiore a 100 milioni di euro”.

Pertanto solo ed esclusivamente nei casi indicati è possibile chiedere requisiti ulteriori rispetto a quello consistente nell'attestazione SOA per le categorie e classifiche corrispondenti ai lavori da eseguire.

Per le procedure di gara relative a lavori, il sistema di qualificazione basato sull'attestazione SOA costituisce un sistema unico per la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con la conseguenza che il possesso dell'attestazione SOA per le categorie e le classifiche corrispondenti ai lavori da eseguire è condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alla relativa procedura, senza che sia possibile alla stazione appaltante individuare ulteriori requisiti di partecipazione e al concorrente dimostrare altrimenti il possesso dei requisiti, salvi i casi espressamente previsti dalla legge.

L'unicità del sistema è finalizzata proprio ad assicurare speditezza nello svolgimento della procedura, linearità nella verifica dei requisiti di partecipazione e standardizzazione dei requisiti stessi in relazione all'oggetto della procedura, a vantaggio delle stazioni appaltanti e delle imprese.

Sul punto il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con la sentenza n. 559/2017, ha affermato che *“Il sistema di qualificazione previsto per i lavori pubblici sia appunto (vincolato, vincolante e) unico, nel senso che per regola generale le stazioni appaltanti possono richiedere solamente l'attestazione SOA per la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali, essendo tale attestazione "condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria" (art. 60, co. 3, del d.p.r. 207/2010, cui fa rinvio, ai fini della sua ultrattività, l'art. 216, co. 14, del d.lgs. 50/2016), con la conseguenza che è vietato, sempre alle stazioni appaltanti, richiedere requisiti diversi o ulteriori (v. art. 60, co. 4), a differenza di quanto è invece ammesso nel caso degli appalti di forniture e di servizi.*

Di questa regola generale, sulla quale riposa il senso stesso del sistema delle SOA e che è volto ad evitare proprio che per i lavori i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria debbano essere accertati di volta in volta nel corso delle singole gare, elidendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti, si ha conferma ulteriore - a contrario - nell'art. 83, co. 7, del d.lgs. 50/2016, ove è prevista una sorta di qualificazione rafforzata, ulteriore alla SOA, (ma) limitatamente agli appalti

di importo pari o superiore a 20 milioni di euro e comunque in forme e secondo modalità definite dal legislatore e non rimesse alla libera scelta delle stazioni appaltanti.

Se ne ricava pertanto come, nel presente appalto di lavori, il cui importo era previsto in poco più di 400.000 euro, la richiesta anche (di dimostrazione) del fatturato, a pena di esclusione, fosse eccentrica rispetto alle previsioni del codice (e del regolamento) e, non trovando fondamento in altre disposizioni di legge, nulla ai sensi dell'art. 83, co. 8, del d.lgs. 50/2016; come tale soggetta ad un termine più lungo, quanto alla sua proponibilità in via di azione, e comunque rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni tempo”.

Sul punto anche il TAR Lombardia – Brescia, con la sentenza n. 337/2017 ha affermato che *“I requisiti speciali, invece, attengono alla capacità professionale del concorrente e riguardano il possesso di specifiche capacità tecniche che garantiscano la competenza nell’espletare l’appalto a regola d’arte e la possibilità di far fronte agli impegni contrattuali assunti. Nella loro individuazione, però, la stazione appaltante è tenuta, con riferimento agli appalti di lavori, a rispettare il sistema di qualificazione previsto dal DPR 207/2010. Infatti, in attesa dell’attuazione del nuovo codice, che, all’art. 84, regola il “Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici”, comunque sempre fondato sul sistema della qualificazione unica attraverso il sistema delle SOA, continua a trovare applicazione la disciplina di cui al d.lgs. 163/2006 e, conseguentemente, per quanto qui di interesse, il divieto di cui all’art. 60, comma 4, del DPR 207/2010, secondo cui “Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti” dal sistema di qualificazione”. Per quanto riguarda gli appalti di lavori, dunque, le capacità tecniche e professionali sono, ad oggi, attestate dal possesso delle qualificazioni SOA richieste nel bando in relazione alla tipologia di appalto per cui è gara. L’ultimo periodo dell’ottavo comma dell’art. 83, inoltre, sancisce chiaramente, ricalcando quella che era la precedente disciplina, che “I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.*

Anche la Delibera ANAC, parere di precontenzioso, n. 601-2017 concorda su tale questione.

È chiaro pertanto il contrasto tra le disposizioni sopra riportate e il bando di gara nella parte in cui prevede l'ulteriore requisito di cui al punto 17.4, lett. b).

6. Anche a voler considerare non la nullità della clausola del bando, ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, ma l'annullabilità alla luce dell'orientamento della giurisprudenza che ha ritenuto che *“non appare plausibile invocare la nullità della clausola, se non altro perché “la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può, quindi, riguardare prescrizioni contenute nella lex specialis di gara che attengono ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3352)”* (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 5828/2019), non è possibile accogliere la avversa eccezione secondo cui, lamentandosi l'illegittimità del bando in ragione della previsione di un requisito eccessivo e irragionevole e quindi di un vizio originario della documentazione di gara, la ricorrente avrebbe dovuto impugnare il bando in quanto contenente una clausola immediatamente escludente, con la conseguente tardività del ricorso presentato.

Nel caso di specie, infatti, il requisito speciale di partecipazione fissato dalla stazione appaltante non può essere considerato in sé immediatamente escludente in quanto non direttamente preclusivo della partecipazione del ricorrente; infatti non si fa questione di un requisito di cui è immediatamente evidente il mancato possesso da parte del potenziale concorrente, cosicché l'eventuale partecipazione sarebbe destinata di per sé a concludersi con l'esclusione; la lesività della previsione sarebbe in tal caso di immediata percezione e il concorrente sarebbe pertanto onerato dell'immediata impugnazione.

Nel caso di specie, invece, si pone il problema della possibilità da parte del concorrente di dimostrare il possesso di uno dei requisiti previsti dal bando mediante

avvalimento nei confronti di un consorzio stabile, sommando i requisiti posseduti dalle consorziate, senza che il bando di gara fornisse alcuna precisa e specifica indicazione in materia di possesso del requisito in caso di consorzi stabili.

Pertanto non è la clausola in sé considerata ma l'interpretazione datane dalla stazione appaltante alla luce della disciplina generale in materia di consorzi stabili che ha determinato l'esclusione dalla gara, esclusione derivante non direttamente e immediatamente dalla clausola del bando che prevede il requisito ma dall'interpretazione della clausola stessa operata dalla stazione appaltante alla luce della disciplina in materia di consorzi stabili.

È evidente allora che la lesività della clausola del bando che stabilisce il requisito speciale non era immediatamente percepibile dalla ricorrente, con conseguente esclusione di un onere di immediata impugnazione; la lesività della previsione si è manifestata solo a seguito del provvedimento di esclusione che ha negato la possibilità del cumulo alla rinfusa dei requisiti delle consorziate in capo al consorzio stabile ausiliario della ricorrente.

Come affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1867/2020: *“Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, formatosi specialmente in materia di gare pubbliche, ma estensibile, per identità di ratio, a tutti i procedimenti di evidenza pubblica, è onere dell'interessato procedere all'immediata impugnazione della clausole del bando che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara la cui carenza determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta; solo il carattere ambiguo della clausola, che non rende immediatamente percepibile l'effetto preclusivo alla partecipazione per chi sia privo di un requisito soggettivo richiesto dal bando, ne esclude l'immediata lesività e ne consente l'impugnazione unitamente all'atto di esclusione, applicativo della clausola stessa suscettibile di diverse interpretazioni (Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2387)”*.

Allo stesso modo non può accogliersi l'argomentazione della stazione appaltante secondo cui "mentre la SOA attesta la qualificazione tecnica ad eseguire determinate opere, il certificato di esecuzione di lavori analoghi si riferisce all'effettiva operatività e alla professionalità dell'impresa, che deve aver svolto lavori, in una determinata categoria e per certi importi, al fine di testimoniare la propria affidabilità".

La giurisprudenza citata dalla resistente è riferita o a procedure aventi ad oggetto servizi e forniture o aventi ad oggetto sì lavori ma di importo pari a 150.000 euro, per le quali non opera il sistema di qualificazione di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. art. 90 del d.p.r. n. 207/2010).

Occorre infine rilevare che, sulla base dell'articolo 79 del d.p.r. n. 207/2010, tra i requisiti di ordine speciale necessari alla qualificazione nell'ambito dei lavori, al comma 1, lett. b), è considerata anche l'adeguata idoneità tecnica e organizzativa che, secondo il comma 5, lett. b), del medesimo articolo, è dimostrata "dall'esecuzione di lavori, realizzati in ciascuna delle categorie oggetto della richiesta, di importo non inferiore al novanta per cento di quello della classifica richiesta" e documentata, secondo il comma 6, "dai certificati di esecuzione dei lavori previsti dagli articoli 83, comma 4, e 84 indicati dall'impresa e acquisiti dalla SOA ai sensi dell'articolo 40, comma 3, lettera b), del codice, nonché secondo quanto previsto dall'articolo 86", con un orizzonte temporale quinquennale (cfr. art. 83, comma 1, del citato d.p.r.) e a seguito di regolare esecuzione (cfr. art. 83, comma 2, del citato d.p.r.).

Il requisito previsto replica in parte quanto già verificato in sede di rilascio dell'attestazione, con un inasprimento dei requisiti di partecipazione non giustificato alla luce del sistema di qualificazione come sopra delineato e dei lavori da affidare.

7. È fondato anche il secondo motivo di ricorso.

Al consorzio stabile è consentito il cumulo alla rinfusa dei requisiti delle consorziate. Già l'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 prevede che "per i lavori, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono disciplinati, nel rispetto

dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 14”; quest’ultima disposizione prevede infatti che “Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”.

Al riguardo l’art. 81 del d.p.r. n. 207/2010, parte del Titolo III - sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori, prevede che “I requisiti per la qualificazione dei consorzi stabili sono quelli previsti dall'articolo 36, comma 7, del codice”; disposizione questa che prevede a sua volta che “il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate” e a cui fa eco l’art. 94 del d.p.r. n. 207/2010 secondo cui “I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti”.

La disciplina dettata da tali norme è nel senso di consentire il cumulo delle qualificazioni delle consorziate in capo al consorzio; tale affermazione non risulta smentita dall’art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui “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”, in quanto non espressamente riferita ai lavori e mancando nel codice una disciplina specifica, salvo quella indicata all’art. 84 e quella contenuta nel citato d.p.r. n. 207/2010 a cui rinvia l’art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016.

Del resto, basta considerare quanto affermato dal TAR Campania – Napoli con la sentenza n. 3507/2017: *“Come noto, il modulo associativo del “consorzio stabile”, già delineato dall’art. 36 del D.Lgs. n. 163/2006 e attualmente disciplinato dall’art. 45, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 dà vita ad un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate.*

In forza di tale rapporto, nel previgente quadro normativo, era previsto che detto Consorzio potesse giovare, senza dover ricorrere all’avalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa” (art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006) cosicché il medesimo poteva scegliere di provare il possesso dei requisiti medesimi con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati.

In tal senso deponevano inequivocabilmente sia l’art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, per cui “il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”, sia l’art. 94 del D.P.R. 207/2010 in base al quale “1. I consorzi stabili di cui agli articoli 34, comma 1, lettera c), e 36 del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. 2. I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell’effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti. 3. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile...”.

Ebbene, l’operatività del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili non può ritenersi, allo stato, venuto meno nel nuovo quadro ordinamentale conseguente alla entrata in vigore del nuovo codice dei

contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016. Sotto tale profilo, va condiviso il ragionamento di parte ricorrente che, a sostegno di tale ermeneutica, trae argomenti dall'art. 83, comma 2, e dall'art. 216, comma 14, del citato decreto che sanciscono la vigenza del descritto principio - nelle more dell'adozione di specifiche disposizioni ministeriali su proposta dell'Anac - scolpito dall'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, richiamato a sua volta dall'art. 81 del D.P.R. n. 207/2010 (T.A.R. Lazio, Roma, n. 1324/2017)".

A ciò si aggiunga che il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5057/2018, ha affermato: *"Posto che non è contestato infatti che il Consorzio ausiliario sia un consorzio stabile, non è revocabile in dubbio che quest'ultimo assume il ruolo di unico interlocutore con l'amministrazione appaltante imputando direttamente a se stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori e, ben potendo eseguire anche in proprio i lavori avvalendosi della propria autonoma struttura di impresa, non sussiste l'obbligo di indicare per quali imprese esso concorra. Quanto poi alla qualificazione dei consorzi stabili, ferma restando la possibilità del Consorzio di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, detta qualificazione può anche avvenire mediante la sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti in base al sistema del cumulo dei requisiti disciplinato dall'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010, che rinvia all'art. 36, comma 7, del Codice degli appalti, a mente del quale "il Consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate".*

In tal senso si è espressa la giurisprudenza, secondo cui la connotazione di consorzio stabile comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva, che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate, con la conseguenza che ai fini della verifica dei requisiti di qualificazione, atti a comprovare la capacità tecnica e la solidità generale, il consorzio può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate e usufruirne in proprio (Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; 22 gennaio 2015, n. 244).

Facendo corretta applicazione di tali coordinate ermeneutiche, il primo giudice a ragione non ha ravvisato alcuna illegittimità nell'assunzione in proprio da parte del Consorzio ausiliario degli impegni di cui al contratto di avvalimento stipulato con Manelli, idoneo a vincolare il predetto

Consorzio nei confronti sia dell'ausiliata (solidalmente responsabile per le prestazioni oggetto dell'affidamento), sia della Stazione appaltante, senza che sussistesse alcun obbligo di specifica indicazione delle imprese consorziate, le quali non hanno assunto direttamente alcun obbligo di esecuzione delle prestazioni contrattuali. In relazione a tale profilo, si osserva peraltro come, contrariamente a quanto assume l'appellante, la designazione delle consorziate sia puntualmente avvenuta mediante un elenco trasmesso dalla Manelli all'amministrazione appaltante in allegato alla nota prot. n. 915 del 29 dicembre 2016, senza che ciò costituisca "un'inammissibile integrazione postuma della propria offerta", trattandosi piuttosto di acquisizione documentale volta alla verifica e alla comprova del requisito prestato mediante avalimento dal consorzio stabile: ciò del resto in conformità a quanto disposto dall'art. 94, comma 2, d.P.R. n. 2010 ai sensi del quale "i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti".

Allo stesso modo, il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 6433/2019 ha ribadito che *"La perdurante operatività del cumulo alla rinfusa, in linea di principio, risulta ribadita, affermandosi che, ad eccezione del settore di lavori su beni culturali – per i quali, in ossequio ad esigenze di massima tutela dell'oggetto dell'intervento, recepite oggi dagli artt. 146, comma 11, 147, comma 1 e 148, comma 2, del codice, valgono i principi della qualificazione obbligatoria dell'esecutore e dell'utilizzabilità ai fini della qualificazione dei soli lavori effettivamente eseguiti - i consorzi stabili, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti (cfr. Cons. Stato, V, n. 403/2019; n. 5057/2018)".*

Inoltre, non può ritenersi, come fa la resistente, che l'esclusione sia in realtà legata alla mancata indicazione "nel contratto di avalimento stipulato con il -OMISSIS-, delle consorziate con le quali quest'ultima intendeva concorrere nella procedura ad evidenza pubblica" in quanto la motivazione del provvedimento è chiara nel prevedere che "per la dimostrazione del requisito di cui al punto 17.4, lettera b) del bando di gara, l'impresa -OMISSIS-. s.r.l. ha presentato, tra l'altro, certificati di

regolare esecuzione non idonei alla dimostrazione del possesso dei requisiti previsti dal punto 17.4, lettera b) del bando di gara essendo gli stessi rilasciati a soggetti consorziati del -OMISSIS-", avendo già specificato con la nota n. -OMISSIS-, in relazione alle argomentazioni spese in sede procedimentale dal ricorrente, che "non sono condivisibili le argomentazioni da Voi esposte, in quanto e tra le altre cose la procedura di gara in oggetto afferisce ad un appalto pubblico di lavori (e non anche di servizi o forniture) disciplinato dal d.lgs. 50/2016 e ss. mm. e ii. (e, in particolare, per quanto qui di specifico interesse, dall'art. 47 del d.lgs. 50/2016 rubricato "Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare"), che non prevede – a differenza del precedente d.lgs. 163/2006 – il cosiddetto "cumulo alla rinfusa" in capo al -OMISSIS-dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, salvo che per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo"; viene quindi rimproverato alla ricorrente che i certificati prodotti sono riferiti non al Consorzio ausiliario ma a consorziate dello stesso.

A ciò si aggiunga che la previsione di cui all'art. 48, comma 7, nel richiedere l'indicazione delle consorziate per le quali il consorzio concorre, è riferita all'ipotesi in cui il consorzio partecipi alla gara per alcune delle consorziate mentre nel caso di specie il Consorzio non concorre ma svolge semplicemente il ruolo di ausiliario, precisando nel contratto di avvalimento che "l'impresa ausiliaria non intende partecipare alla gara, come non parteciperà alla stessa, nemmeno indirettamente, attraverso società controllanti e/o controllate" e ben potendo obbligarsi in proprio nei confronti del concorrente e della stazione appaltante, pertanto senza indicare necessariamente alcuna consorziata; dalla documentazione prodotta non risulta infatti che le consorziate abbiano assunto alcun impegno con riferimento all'esecuzione del contratto.

Sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5057/2018 già riportata, ha evidenziato che "*Posto che non è contestato infatti che il Consorzio ausiliario sia*

un consorzio stabile, non è revocabile in dubbio che quest'ultimo assume il ruolo di unico interlocutore con l'amministrazione appaltante imputando direttamente a se stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori e, ben potendo eseguire anche in proprio i lavori avvalendosi della propria autonoma struttura di impresa, non sussiste l'obbligo di indicare per quali imprese esso concorra.

Quanto poi alla qualificazione dei consorzi stabili, ferma restando la possibilità del Consorzio di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, detta qualificazione può anche avvenire mediante la sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti in base al sistema del cumulo dei requisiti disciplinato dall'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010, che rinvia all'art. 36, comma 7, del Codice degli appalti, a mente del quale "il Consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate"...

Facendo corretta applicazione di tali coordinate ermeneutiche, il primo giudice a ragione non ha ravvisato alcuna illegittimità nell'assunzione in proprio da parte del Consorzio ausiliario degli impegni di cui al contratto di avvalimento stipulato con Manelli, idoneo a vincolare il predetto Consorzio nei confronti sia dell'ausiliata (solidalmente responsabile per le prestazioni oggetto dell'affidamento), sia della Stazione appaltante, senza che sussistesse alcun obbligo di specifica indicazione delle imprese consorziate, le quali non hanno assunto direttamente alcun obbligo di esecuzione delle prestazioni contrattuali".

In ogni caso non risulta inficiata la possibilità della stazione appaltante di verificare la contemporanea partecipazione del consorzio e di eventuali consorziate, in quanto queste risultano dall'attestazione SOA del Consorzio. Non viene comunque addotta la concreta e contemporanea partecipazione alla gara di imprese appartenenti al Consorzio stabile ausiliario della ricorrente.

8. È possibile procedere all'assorbimento dell'ulteriore motivo di ricorso.

9. In conclusione, il ricorso è fondato e va accolto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento prot.-OMISSIS- di esclusione della -OMISSIS- dalla procedura e il provvedimento prot. -OMISSIS-di revoca dell'aggiudicazione in favore della -OMISSIS-. e di riaggiudicazione della procedura ad altro concorrente.

Condanna la -OMISSIS- al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidate in euro 5.500,00 (cinquemilacinquecento/00), oltre spese generali nella misura del 15%, Iva e Cpa come per legge e refusione del contributo unificato se versato.

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

Ritenuto che sussistono i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare persone ed enti.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite “*Microsoft Teams*”):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Esposito

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.