

Pubblicato il 10/08/2021

N. 05840/2021REG.PROV.COLL.
N. 10242/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10242 del 2020,
proposto da

Parco Cimiteriale Leonida di Taranto s.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Filiberto
Morelli, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

contro

Comune di Taranto, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dagli avvocati Angela Maria Buccoliero e Giovanna Liuzzi, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avvocato Valentino Capece Minutolo in Roma, via
dei Pontefici n. 3;

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale
dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è
elettivamente domiciliata;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 9615/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Taranto e dell'ANAC;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28 del 30 aprile 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70 del 25 giugno, richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 18 dicembre 2020, come modificato prima dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 21 del 26 febbraio 2021 e poi dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 76 del 28 maggio 2021, il Cons. Valerio Perotti, data la presenza dell'avvocato dello Stato Pluchino ed uditi per le parti gli avvocati Morelli e Panio, quest'ultimo in sostituzione degli avvocati Buccoliero e Liuzzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, la società Parco Cimiterale Leonida di Taranto s.r.l. impugnava la delibera n. 831 del 18 settembre 2019 con cui l'ANAC aveva reso il parere sull'istanza congiunta presentata dalla ricorrente e dal Comune di Taranto, ex art. 211, comma primo del d.lgs. n. 50 del 2016, in ordine all'interpretazione del combinato disposto del comma primo, lett. a), e del comma 2 dell'art.95 del d.P.R. n. 207 del 2010 ed in particolare *“se il requisito del fatturato medio deve essere posseduto dal soggetto promotore o dai singoli soci che compongono la società proponente, che in quanto soci “qualificanti” devono obbligatoriamente far parte della costituenda società di progetto”*.

La ricorrente esponeva di avere presentato al Comune di Taranto una proposta per la realizzazione, in regime di *project financing*, di un parco

cimiteriale per un importo complessivo di investimento pari ad euro 9.382.389,98; dopo aver approvato il progetto di fattibilità dell'opera, il Comune di Taranto aveva pubblicato il bando della procedura ristretta per l'affidamento, ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016, della concessione per la progettazione e costruzione del cimitero comunale nonché della sua gestione funzionale ed economica, con risorse totalmente a carico del concessionario, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La "Società Parco Leonida di Taranto s.r.l.", soggetto promotore, risultava l'unica concorrente.

Intendendo verificare il possesso del requisito di capacità tecnica relativo allo svolgimento dei servizi affini richiesto dal bando (Sez. III, 2.3 punti E/3 – E/4), la commissione di gara, riunitasi in data 26 novembre 2018, rilevava che la società proponente aveva dimostrato in via alternativa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, attraverso il patrimonio netto, l'incremento del requisito di cui alla lettera B della suddetta norma, ma non anche l'incremento nella misura doppia anche del requisito di cui alla lettera A (fatturato medio), conseguentemente proponendone l'esclusione.

Con nota del 31 dicembre 2018 la proponente documentava il possesso in misura doppia anche del requisito del fatturato medio, allegando i bilanci di esercizio dell'ultimo quinquennio dei soci "qualificanti" facenti parte della compagine sociale, chiedendo la riammissione in gara e la conseguente aggiudicazione.

A tal punto, ritenendo necessario un approfondimento sulla questione, la ricorrente ed il Comune di Taranto presentavano congiuntamente all'ANAC, in data 1° agosto 2019, un'istanza di parere in ordine all'interpretazione del combinato disposto del comma primo, lett. a) e del comma 2 dell'art. 95 del d.P.R. n. 207 del 2010, con cui chiedevano in particolare *“se il requisito del fatturato medio deve essere posseduto dal soggetto promotore o dai singoli soci che*

compongono la società proponente, che in quanto soci “qualificanti” devono obbligatoriamente far parte della costituenda società di progetto”.

Con memoria del 7 settembre 2019 la Parco Cimiteriale Leonida di Taranto s.r.l. aveva ribadito che il requisito in questione avrebbe dovuto essere verificato complessivamente rispetto ai soci che formavano la compagine sociale del soggetto proponente, obbligati a far parte della costituenda società di progetto.

A seguito del deposito di memoria anche da parte del Comune di Taranto, in data 18 settembre 2019 il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione approvava la delibera n. 831/19, con cui aveva riteneva conforme alla vigente normativa di settore l’operato della stazione appaltante e la conseguente esclusione dalla gara la ricorrente per non aver dimostrato il possesso dell’incremento nella misura doppia anche del requisito del fatturato medio.

A sostegno del ricorso venivano dedotte, in unico motivo, le censure di violazione degli artt. 183, comma 8 e 15 e dell’art. 184 del d.lgs. 50 del 2016, insufficiente motivazione, eccesso di potere per erroneità di presupposti e manifesta ingiustizia.

Secondo l’ANAC la ricorrente non avrebbe potuto dimostrare il possesso del requisito di partecipazione incrementato – ai sensi dell’art. 95, comma 2, lett. a) del d.P.R. n. 207 del 2010 – con il fatturato medio dei propri soci, dal momento che questi non avevano dato vita ad un raggruppamento temporaneo di imprese o ad un consorzio o ad una società di progetto, ma solamente ad una società a responsabilità limitata, ossia un autonomo centro di imputazione giuridica avente un bilancio proprio a cui bisognava fare riferimento ai fini della qualificazione.

Ad avviso della ricorrente, però, tale interpretazione non avrebbe tenuto conto delle peculiarità del *project financing*, volto a consentire la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità con risorse economiche a carico dei privati, dovendosi piuttosto focalizzare l’attenzione sui finanziatori, ossia gli azionisti del soggetto proponente che sarebbero poi confluiti nella compagine

societaria della società di progetto in caso di aggiudicazione e che avrebbero concorso all'iniziativa investendo i capitali necessari.

A riprova del fatto che nel *project financing* la verifica del possesso dei requisiti di qualificazione avrebbe dovuto essere effettuata con riferimento ai soci componenti il soggetto proponente, deporrebbe inoltre il testo degli artt. 183 e 184 del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove successivamente all'aggiudicazione è prevista la costituzione di una società di progetto destinata a diventare concessionaria, subentrando *de plano* all'aggiudicatario.

Con motivi aggiunti depositati il 23 dicembre 2019 la ricorrente impugnava quindi la determina dirigenziale n.1223 del 12 novembre 2019, con cui il Comune di Taranto, in concreta attuazione del parere vincolante reso dall'ANAC con delibera n. 831/2019, l'aveva esclusa dalla procedura di affidamento.

Si costituivano in giudizio l'ANAC ed il Comune di Taranto, concludendo per l'infondatezza del ricorso.

Con sentenza 18 settembre 2020, n. 9615, il giudice adito respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti, sul presupposto che correttamente l'ANAC aveva ritenuto che la società proponente Parco Leonida non potesse avvalersi dei requisiti dei propri soci, perché non costituito in raggruppamento temporaneo o consorzio e perché la società a responsabilità limitata è qualificabile come ordinario operatore economico, nel cui bilancio, autonomo rispetto a quello dei soci, non confluiscono i bilanci delle società partecipanti, con conseguente impossibilità per la stessa di usufruire dei requisiti necessari alla qualificazione richiesti dalla *lex specialis*.

Avverso tale decisione la ricorrente interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Error in iudicando nella parte relativa alla reiezione del ricorso principale.*
- 2) *Error in iudicando nella parte relativa alla reiezione dei motivi aggiunti proposti.*

Sia l'ANAC che il Comune di Taranto si costituivano in giudizio, deducendo l'infondatezza del gravame e chiedendone la reiezione.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 15 luglio 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene contestato il presupposto fondante la sentenza di primo grado, per cui il Parco Cimiteriale Leonida di Taranto, in quanto società a responsabilità limitata, costituirebbe un'entità giuridica autonoma dotata di un proprio patrimonio e di un bilancio distinto da quello dei propri soci, sicché non sarebbe possibile considerare i loro requisiti (nella specie, il fatturato medio di cui all'art. 95, comma 2, lett. a) del d.P.R. n. 207 del 2010) utili al raggiungimento della soglia minima richiesta per partecipare alla gara. Secondo questa chiave di lettura – fatta innanzitutto propria dall'ANAC e quindi dal Comune di Taranto – non sarebbe possibile per una società a responsabilità limitata ottenere una qualificazione attraverso i singoli componenti della stessa (ossia i soci).

Ad avviso dell'appellante, invece, tale possibilità riposerebbe nella differenza tra il *project financing* da una parte e gli appalti ordinari e le concessioni di lavori dall'altra: la disciplina specifica del primo, infatti, prevede espressamente che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a garantire il buon adempimento degli obblighi del concessionario fino alla data di emissione del certificato di collaudo *ex* art. 183, comma 3 quinto periodo del d.lgs. n. 50 del 2016.

In realtà, prosegue l'appellante, l'estensione della responsabilità contrattuale ai soci qualificanti la società di progetto – chiamati anch'essi a garantire la regolare esecuzione del contratto all'amministrazione che abbia versato in corso d'opera un prezzo per assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione – costituirebbe una deroga al principio dell'autonomia patrimoniale delle società di capitali.

L'istituto del *project financing* sarebbe dunque caratterizzato dalla costituzione di una società di progetto a valle della gara pubblica (*ex* art. 184, comma 1, d.lgs.

n. 50 del 2016) che, anche nella fattispecie in esame, l'aggiudicatario era tenuto a formare, in applicazione di quanto previsto dal punto II.2.2 del bando di gara pubblicato dal Comune di Taranto; a differenza quindi di quanto accade nelle ordinarie procedure di appalto, l'operatore economico aggiudicatario, qualunque sia la forma giuridica con cui abbia partecipato alla gara, non realizzerebbe comunque l'opera pubblica, ma rimarrebbe estraneo al rapporto concessorio che si verrebbe ad instaurare tra la stazione appaltante e la società di progetto costituita dopo l'aggiudicazione.

Imponendo ai soci che hanno fornito la qualificazione tecnica in sede di gara (cd. soci qualificanti), la partecipazione alla compagine societaria della nuova società di progetto, il vigente *Codice dei contratti pubblici* avrebbe inteso assicurare la stabilità e la qualificata professionalità del *project financing*: il citato art. 184 prevederebbe infatti non solo la costituzione della società di scopo ma anche la realizzazione dell'opera da parte dei soggetti qualificanti che facevano parte dell'operatore aggiudicatario e che sono responsabili dell'esatto adempimento degli obblighi del concessionario, con ciò comprovando che nel *project financing* *“il rapporto tra i soci e la società di progetto è assolutamente identico a quello esistente tra i singoli componenti ed il raggruppamento temporaneo d'impresa”*.

Diversamente argomentando si cadrebbe – conclude l'appellante – nella *“aporia logica di ritenere possibile la qualificazione di un soggetto che non realizza l'opera pubblica con conseguente svuotamento della garanzia della buona esecuzione della commessa”*.

Il motivo non è fondato.

Ai sensi dell'art. 96 del d.P.R. n. 207 del 2010 (applicabile alla fattispecie in esame, giusta la previsione dell'art. 216, comma 14 del d.lgs. n. 50 de 2016), *“Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il proponente, al momento dell'indizione delle procedure di gara di cui all'articolo 153 del codice, deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 95”*.

La norma è chiara nell'indicare nel “*proponente*” – e non in altri – il soggetto che deve possedere in proprio i requisiti di partecipazione alla gara, *ex art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016*.

Tale previsione risponde ad un principio elementare di coerenza sistemica: la verifica dei requisiti tecnici di *partecipazione* ad una gara non può che riguardare i soggetti giuridici che prendono parte alla gara stessa, non certo terzi rimasti ad essa estranei (non avendo presentato offerte).

Nel caso – statisticamente predominante – in cui l'operatore economico “proponente” abbia la veste giuridica di una società di capitali è dunque al detto operatore che si deve far riferimento per le verifiche di legge, non anche ai suoi soci (laddove in ipotesi a loro volta rivestano il ruolo di operatori del settore) allorché rimasti formalmente estranei alla procedura concorrenziale.

E' quindi corretto quanto rilevato dal primo giudice, per cui la società proponente – una società a responsabilità limitata costituita sia da persone fisiche che giuridiche che, in assenza del possesso del requisito dello svolgimento di servizi affini a quello della gara in oggetto, aveva ritenuto di poter sopperire a tale carenza, ai sensi dell'art. 95, comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016, dimostrando il

possesso in misura doppia rispetto a quella prevista dalla *lex specialis* tanto del capitale sociale (patrimonio netto) quanto del fatturato medio, facendo riferimento al fatturato di tre operatori economici facenti parte della società – non poteva in realtà avvalersi dei requisiti dei propri soci, “*non essendo stato costituito allo scopo un raggruppamento temporaneo o consorzio, ed essendo la società a responsabilità limitata qualificabile come ordinario operatore economico, nel cui bilancio, autonomo rispetto a quello dei soci, non confluiscono i bilanci delle società partecipanti, con conseguente impossibilità per la stessa di usufruire dei requisiti necessari alla qualificazione richiesti dalla lex specialis*”.

In effetti, come bene ricordato nella sentenza appellata, “*l'art. 183, comma 8, del codice dei contratti pubblici richiede che il proponente nella procedura di project financing sia in possesso dei requisiti del concessionario; dall'altro l'art. 95 del d.P.R. n. 207/2010,*

Regolamento di esecuzione ed attuazione del precedente Codice dei contratti, a tale ultimo riguardo, rinvia ai requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 del codice e dall'articolo 79, comma 7, dello stesso d.P.R. n. 207/2010.

Ne consegue che la ricorrente, quale società a responsabilità limitata e, quindi, persona giuridica autonoma rispetto ai propri soci e dotata di autonomia patrimoniale perfetta, non può computare a tal fine il fatturato dagli stessi prodotto per cumularlo e raggiungere la soglia prevista dalle norme sopra citate”.

D’altro canto, la possibilità di cumulare i requisiti è prevista dal vigente *Codice dei contratti pubblici* solo nel caso di partecipazione alle gare dei soggetti associati, consorziati o raggruppati, ossia nelle ipotesi previste dalle lettere dalla b) alla g) del comma 2 dell’art. 45 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Sotto diverso ma concorrente profilo, ritiene il Collegio che non rilevi, a fondare le tesi di parte appellante secondo cui, nel caso del *project financing*, eccezionalmente il contratto potrebbe essere eseguito e portato a termine dai soggetti che facevano parte dell’operatore aggiudicatario, la previsione dell’art. 184, comma primo d.lgs. n. 50 del 2016, in base alla quale l’aggiudicatario ha la facoltà, dopo l’aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, che gli subentra nel rapporto di concessione.

Tale disposizione, invero, nulla dispone in ordine alla possibilità di computo dei requisiti di qualificazione, che dunque andranno verificati nel rispetto delle pertinenti disposizioni del *Codice*, *in primis* l’art. 183, comma 8, che rinvia ai requisiti previsti per il concessionario, di cui all’art. 95 del d.P.R. n. 207 del 2010.

In questi termini, l’espressione “*anche associando*”, utilizzata dal legislatore nel comma 8 dell’art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016 con riferimento ai soggetti ammessi alla procedura, non può intendersi – in assenza di un’espressa indicazione in tal senso del legislatore – come suscettibile di derogare alle tipologie aggregative già previste dal *Codice dei contratti pubblici* in materia di affidamenti, in presenza delle quali è consentito ai soggetti raggruppati, in

particolari condizioni di cumulare i requisiti individuali, ai fini della qualificazione.

L'originaria carenza, in capo alla società proponente, dei requisiti previsti per la partecipazione alla procedura non potrà pertanto essere superata dalla successiva costituzione della società di progetto dopo l'aggiudicazione (aggiudicazione che presuppone, insuperabilmente, la positiva verifica dei primi), includendovi dei nuovi e diversi soggetti a tal punto dotati dei requisiti richiesti.

Con il secondo motivo di appello viene invece reiterata la censura relativa alla presunta violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, al riguardo deducendo l'erroneo presupposto da cui muoverebbe la sentenza impugnata, per cui la garanzia della pubblicità delle sedute di gara si applicherebbe soltanto alla verifica della documentazione (amministrativa, tecnica ed economica) inclusa nel plico contenente l'offerta trasmessa entro il termine di scadenza della domanda di partecipazione, mentre non opererebbe in occasione dell'esame del materiale documentale richiesto a completamento dalla stazione appaltante.

Tale soluzione determinerebbe l'arbitraria restrizione dell'ambito applicativo delle regole della seduta pubblica è contraria alla tutela del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Sotto altro profilo, l'appellante ribadisce inoltre la presunta incompetenza del dirigente dei LL.PP. ad adottare la determina di esclusione, in luogo del Rup.

Infine, l'appellante ribadisce che, una volta esauritasi l'attività di indirizzo attribuita agli organi politici (i.e. la Giunta comunale), l'esclusione della società proponente e la conseguente dichiarazione di gara deserta imponevano di procedere al rinnovo del procedimento, con l'adozione di una determina di indizione di nuova selezione pubblica.

Neppure questo motivo, nei suoi diversi profili, può essere accolto.

Quanto alla dedotta violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, va ricordato (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 ottobre 2019, n. 7270) che la

determinazione delle specifiche formalità di espletamento delle operazioni di gara è rimessa, comunque, alla discrezionalità della stazione appaltante, seppur nel rispetto dei principi di imparzialità, correttezza, pubblicità e trasparenza.

In questi termini, già le Linee-guida n. 5 dell'ANAC, recanti *“Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”*, riportano, al punto 8 (relativo alle *“modalità di svolgimento dei lavori da parte della commissione”*), che *“In generale la commissione i) apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza dei documenti richiesti nel bando di gara ovvero della lettera di invito”*.

L'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti – ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti – ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa; va però rilevato che non risultano fissate specifiche prescrizioni di legge in ordine alle sedute successive.

In questi termini è condivisibile quanto argomentato dalla sentenza appellata circa il fatto che il plico contenente l'offerta era stato aperto nella prima seduta del 4 luglio 2018 alla presenza, tra gli altri, del legale rappresentante della Parco Cimiteriale Leonida s.r.l., laddove le successive sedute riservate avevano avuto luogo esclusivamente per l'esame delle integrazioni documentali pervenute: in ragione di ciò, sul presupposto che l'obbligo dello svolgimento in seduta pubblica riguarderebbe solo gli adempimenti concernenti l'apertura e la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, nel caso di specie il principio di pubblicità delle sedute sarebbe stato complessivamente rispettato.

Quanto invece alla dedotta incompetenza del dirigente dei Lavori Pubblici ad adottare il provvedimento di esclusione dell'appellante dalla procedura – in luogo del Rup – va dato atto che il contestato provvedimento reca la sottoscrizione di entrambi i soggetti ed è, quanto al contenuto, in tutto conforme al parere all'uopo formulato dal Rup.

In ordine infine alla richiesta – contenuta nel provvedimento originariamente impugnato – rivolta alla Giunta comunale, a fronte dell'intenzione del Rup di rinnovare la gara, di voler adottare un "*apposito atto di indirizzo in ragione del già disposto pubblico interesse giusta delibera di Giunta n. 29-20.3.2012*", le considerazioni (invero generiche) dedotte dall'appellante non sono idonee a superare il preliminare rilievo che tale determinazione aveva pur sempre natura meramente interlocutoria ed endoprocedimentale, non potendo pertanto assumere un'efficacia direttamente lesiva nei confronti degli interessi della ricorrente.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto. La particolarità delle questioni esaminate e la loro novità giustificano peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28 del 30 aprile 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70 del 25 giugno, richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 18 dicembre 2020, come modificato prima dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 21 del 26 febbraio 2021 e poi dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. n. 44 del 1° aprile

2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 76 del 28 maggio 2021, con
l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO