

Pubblicato il 25/01/2017

N. 01324/2017 REG.PROV.COLL.

N. 14316/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima Quater)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 14316 del 2016, proposto da:
Consorzio Stabile Servizi Appalti Internazionali società consortile a r.l.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Mastrella, Giovanni
Mandolfo, presso lo studio dei quali elettivamente domicilia in Roma, via
A. Stoppani, n.1;

contro

Lazio Innova s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Davide
Angelucci, presso lo studio del quale elettivamente domicilia in Roma,
viale America, n.11;

per l'annullamento

del provvedimento 2 novembre 2016, che ha escluso la ricorrente dalla
procedura aperta, bandita da Lazio Innova s.p.a. il 29 giugno 2016, per
l'affidamento dei servizi di pulizia locali, igiene ambientale, smaltimento
rifiuti e facchinaggio presso i propri uffici, da aggiudicarsi con il criterio
dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di importo complessivo
pari a € 291.528,00, nonché degli atti presupposti (tutti i verbali di gara,
compresi quelli del 29 settembre 2016 e del 27 ottobre 2016, nn. 1 e 2;
nota 4 ottobre 2016, contenente richiesta al Consorzio di integrare la
documentazione di partecipazione; in parte qua, e ove occorra, la lex
specialis e i chiarimenti resi dalla S.A. sulle modalità di partecipazione;
eventuale aggiudicazione provvisoria e definitiva), con declaratoria di
inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato, e
per la condanna dell'intimata al risarcimento del danno in favore della
ricorrente, da disporsi in forma specifica, mediante riammissione in gara,
previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato
nelle more, ovvero, in subordine, e previa determinazione dei relativi
criteri, per equivalente, con liquidazione in via equitativa ex art. 1226
c.c., oltre interessi e rivalutazione.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Lazio Innova s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 17 gennaio 2017 il cons. Anna
Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

1. Con l'odierno gravame il Consorzio Stabile Servizi Appalti Internazionali società consortile a r.l. ha interposto azione impugnatoria avverso il provvedimento 2 novembre 2016, che ha escluso il Consorzio dalla procedura aperta bandita da Lazio Innova s.p.a. il 29 giugno 2016, per l'affidamento dei servizi di pulizia locali, igiene ambientale, smaltimento rifiuti e facchinaggio presso i propri uffici, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di importo complessivo pari a € 291.528,00, e gli altri atti indicati in epigrafe.

2. Questo l'antefatto della controversia.

La lex specialis di gara disponeva all'art. 10 che "i concorrenti devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industriale, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, a norma della legge 25 gennaio 1994, n. 82 e del D.M. 7 luglio 1997, n. 274 nella fascia di classificazione di cui all'art. 3, comma 1, lettera c) per l'esercizio dell'attività di pulizia e sanificazione, nonché a norma dell'art. 8 del D.M. 30 giugno 2003, 221, nella fascia di classificazione di cui all'art. 8, comma 2, lettera a), per l'esercizio delle attività di facchinaggio", precisando poi che "in caso di Consorzio stabile ... il suddetto requisito ... deve essere posseduto direttamente dal Consorzio, salvo quanto disposto dall'art. 47 del Codice", riferimento inteso al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (la gara è stata infatti bandita successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016).

Il Consorzio ricorrente presentava domanda di partecipazione alla gara, dichiarando, ai fini della qualificazione per il predetto requisito, che si sarebbe avvalso della fascia di qualificazione posseduta dalla consorziata Ge.p.i.r., indicata quale esecutrice del servizio nel DGUE.

La Commissione di gara, nella seduta del 29 settembre 2016, verbale n. 1, verificato il possesso in capo al Consorzio e a Ge.p.i.r. dei prescritti requisiti di partecipazione, e rilevata la carenza del contratto di avvalimento, riteneva la necessità di acquisire in via di soccorso istruttorio oneroso, la produzione di tale contratto. La richiesta di integrazione documentale veniva formalizzata il 4 ottobre 2016.

Il Consorzio contestava la richiesta durante la seduta di gara, invocando l'art. 47 del d.lgs. 50/2016, espressamente richiamato dal disciplinare, da interpretarsi nel senso di computare direttamente in capo al consorzio stabile i requisiti delle consorziate, ma nel prosieguo produceva il richiesto contratto.

La Commissione di gara, nella seduta del 27 ottobre 2016, verbale n. 2, riteneva il contratto prodotto dal Consorzio privo dei requisiti necessari per l'ammissione alla gara (per sottoscrizione successiva al termine previsto per la presentazione delle offerte; per mancanza della messa a disposizione dei requisiti in ordine al servizio di facchinaggio).

Il Consorzio veniva quindi escluso dalla gara.

3. La ricorrente contesta la legittimità dell'esclusione deducendo un'unica censura: violazione e falsa applicazione dell'art. 47 del d.lgs. 50/2016, dell'art. 81 del D.P.R. 207/2010, dell'art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006, dell'art. 10 del disciplinare di gara; eccesso di potere; violazione del principio di par condicio e massima partecipazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost..

Il percorso argomentativo racchiuso nelle predette doglianze può essere così sintetizzato:

- il disciplinare richiama espressamente l'art. 47 del d.lgs. 50/2016, che dispone in ordine ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria che i consorzi stabili devono possedere per l'ammissione alle gare;
- l'art. 83, comma 2, dello stesso d.lgs. 50/2016, stabilisce che l'ANAC disciplina, tra altro, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dai concorrenti, anche laddove consorzi stabili;
- l'ultimo periodo dello stesso art. 83, comma 2, d.lgs. 50/2016 dispone che, sino all'adozione delle linee-guida, "si applica l'articolo 216, comma 14";
- l'art. 216, comma 14, del d.lgs. 50/2016 prevede che, fino all'adozione delle linee-guida indicate all'art. 83, comma 2, "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";
- l'ANAC, con le "FAQ sul periodo transitorio" conseguenti all'introduzione della nuova disciplina in tema di gare, ha rilevato che tra le disposizioni contenute nella Parte II, Titolo III, del D.P.R. 207/2010 sono ricomprese anche quelle attinenti alla qualificazione dei consorzi, e, in particolare, l'art. 81, che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006;
- troverebbe indi applicazione alla gara de qua – ai sensi del combinato disposto degli artt. 83 e 216 del d.lgs. 50/2016 – l'art. 81 del D.P.R. 207/2010 e l'art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006, ovvero la regola per la quale i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.
- tale regola, di perdurante vigenza temporanea, come ampiamente declinata dalla giurisprudenza amministrativa e dall'ANAC, che ne hanno rilevato l'afferenza al particolare modulo organizzativo e gestionale che caratterizza il consorzio stabile, fondato sul patto consortile e sulla causa mutualistica, realizza una particolare forma di avvalimento che non richiede il ricorso all'avvalimento ex art. 49, d.lgs. 163/2006, con la conseguenza che il consorzio stabile può partecipare alle gare di appalto avvalendosi dei requisiti delle proprie consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avvalimento;
- applicando tali coordinate normative ed ermeneutiche alla fattispecie, la dichiarazione di volersi avvalere dei requisiti della indicata consorziate quale esecutrice dei servizi, resa dal Consorzio in sede di partecipazione alla gara per cui è causa, costituirebbe elemento sufficiente ai fini della regolare partecipazione: la SA non avrebbe pertanto potuto né richiedere la produzione del contratto di avvalimento, che la società ha presentato a soli fini collaborativi, né tanto più disporre l'esclusione del Consorzio sulla base delle irregolarità in esso rilevate.

Il Consorzio ricorrente domanda, pertanto, l'annullamento del provvedimento che lo ha escluso dalla procedura, occorrendo, degli atti presupposti, nonché la condanna della S.A. al risarcimento del danno in proprio favore, da disporsi in forma specifica, mediante riammissione in gara, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente

stipulato nelle more, ovvero, in subordine, e previa determinazione dei relativi criteri, per equivalente, con liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c., oltre interessi e rivalutazione.

4. Si è costituita in resistenza Lazio Innova s.p.a., affidando le proprie difese a due argomentazioni portanti.

Secondo la prima, il Consorzio ricorrente non potrebbe sottrarsi dalle conseguenze che egli stesso ha determinato, optando nel DGUE per la partecipazione alla gara in avvalimento della qualificazione posseduta dalla consorziata Ge.p.i.r..

Inoltre, la ricostruzione normativa operata in ricorso non terrebbe conto del fatto che la moratoria di cui all'art. 216, comma 14, del d.lgs. 50/2016, invocata dalla ricorrente al fine di dimostrare l'applicabilità alla gara dell'art. 81 del D.P.R. 207/2010 e dell'art. 36, comma 7, del d.lgs. 163/2006, e, indi, delle previgenti disposizioni sulle modalità di qualificazione dei consorzi stabili, è relativa alla predisposizione delle linee-guida ANAC, che l'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 prevede solo "per i lavori", come chiarisce l'incipit della disposizione.

Di talchè, si prosegue, la qualificazione dei consorzi stabili negli appalti di servizi quali quello in esame sarebbe retta esclusivamente dall'art. 47 del d.lgs. 50/2016: la norma, innovando il precedente sistema, stabilisce, al primo comma, che "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice", e introduce, al secondo comma, una deroga ["per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio"] che non trova (pacificamente, n.d.r.) applicazione al Consorzio ricorrente. Sulla scorta di tali considerazioni la parte resistente ha concluso per il rigetto del ricorso.

5. La controversia è stata trattata alla camera di consiglio del 17 gennaio 2017.

6. Il Collegio deve rilevare in via pregiudiziale che l'art. 120 del codice del processo amministrativo, alla novella di cui al comma 6-bis, stabilisce che nei casi previsti al comma 2-bis, ovvero laddove si controverta, come nella fattispecie, in ordine alle esclusioni dalle procedure di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, "il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica".

La disposizione è applicabile alla controversia in esame, instaurata successivamente alla novella, introdotta dall'art. 204, comma 1, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220 dello stesso d.lgs. n. 50/2016.

Per l'effetto, le parti sono state edotte nel corso della predetta camera di consiglio, senza che sul punto si sia registrata alcuna contestazione, che la controversia sarebbe stata trattenuta in decisione per il merito.

7. Il ricorso è fondato.

Il Collegio non ritiene invero di poter aderire alle tesi prospettive di Lazio Innova.

8. La regola invocata dalla parte ricorrente in ordine alla qualificazione dei consorzi stabili nelle procedure di affidamento pubbliche era pacificamente applicabile sino all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, secondo quanto ampiamente rappresentato in ricorso.

E se è vero che il d.lgs. 50/2016 ha innovato sul punto, è altresì vero che le nuove regole non sono state compiutamente dettagliate, essendo state rimesse dall'art. 83, comma 2, alla predisposizione di linee-guida da parte dell'ANAC.

L'art. 83, comma 2, prevede infatti che “per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, 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 dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14”.

Sulla base di tale disposizione, non sembra revocabile in dubbio che la partecipazione alle gare dei consorzi stabili trovi ancora, allo stato, le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore, e che tale riferimento non possa intendersi limitato nei sensi voluti dalla parte resistente.

Invero, nel previgente ordinamento, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi.

Non è dunque implausibile ritenere che le future linee-guida, in disparte ogni questione in ordine alla loro formale riferibilità a una specifica tipologia di gara, siano suscettibili di concretare indicazioni di carattere generale, destinate, in quanto tali, a conformare l'intera materia.

Del resto, in tale scenario, la scelta operata dal nuovo codice dei contratti è quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti, e tale scelta, ancorchè espressa immediatamente dopo la rimessione all'ANAC del compito di predisporre le linee guida “per i lavori”, è, però, di carattere assoluto (“Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14”), non essendo stata richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente (“per i lavori”). La prescelta interpretazione trova pertanto conforto in un dato di sistema e in un elemento testuale.

Vieppiù, la stessa interpretazione è confortata dalle FAQ predisposte dall'ANAC “sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 nel periodo transitorio”, di cui al Comunicato 8 giugno 2016, punto 3.

In tal sede, in relazione al quesito su quali siano le norme applicabili alla qualificazione dei consorzi sino all'adozione delle linee-guida previste dall'art. 82, comma 2, del d.lgs. 50/2016, l'ANAC rileva che i requisiti sono individuati in linea generale dall'art. 47 del nuovo codice, e, sul rilievo che “l'art. 261, comma 14, prevede che fino all'adozione delle

linee-guida previste dall'art. 83, comma 2, del codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si applica la parte II, titolo III, del D.P.R. 207/2010. Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi e, in particolare, l'art. 81, che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del codice”.

L'ANAC non risulta, quindi, aver in alcun modo limitato il periodo transitorio di ultravigenza delle previgenti disposizioni agli appalti di lavori.

In ultimo, soccorre il criterio teleologico.

L'art. 83 del nuovo codice di cui al d.lgs. 50/2016, nel prescrivere che i requisiti e le capacità per le qualificazioni devono essere attinenti e proporzionali all'oggetto dell'appalto, richiama l'interesse pubblico “ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”.

Tale finalità risulterebbe compromessa laddove – in presenza di un nuovo quadro normativo che non offre una compiuta regolamentazione delle modalità di partecipazione alle gare dei consorzi stabili, in quanto destinato a essere integrato da disposizioni di carattere secondario non ancora predisposte e di cui non si è in grado di apprezzare, allo stato, la latitudine, e in vista delle quali ricorre a un periodo transitorio di ultravigenza delle norme anteriori – dovesse ritenersi, in assenza di inequivocabili previsioni in tal senso, che, solo per una parte della materia, il nuovo codice abbia previsto il repentino e generale sovvertimento delle norme previgenti.

Infine, quanto alla prima linea argomentativa di Lazio Innova, se ne rileva la natura meramente formale, atteso che il richiamo operato dal Consorzio ricorrente nel DGUE all'avvalimento risulta all'evidenza inteso in senso atecnico.

Deve concludersi, pertanto, che la locuzione di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 (“Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14”) si interpreta nel senso dell'applicabilità della disposizione anche agli appalti di servizi.

9. Alle rassegnate conclusioni consegue l'accoglimento della domanda demolitoria nei limiti dell'interesse del ricorrente, e, per l'effetto, l'annullamento del provvedimento di esclusione del Consorzio dalla gara e, tenuto conto del fatto che la procedura in esame non risulta ancora conclusa, della connessa domanda di risarcimento del danno in forma specifica, con ordine di riammissione del Consorzio alla gara.

Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti, tenuto conto della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater),

definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, per l'effetto disponendo l'annullamento del provvedimento di esclusione del Consorzio ricorrente e la riammissione del medesimo alla gara.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 gennaio 2017 con
l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Salvatore Mezzacapo