

Publicato il 28/06/2017

N. 03507/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02380/2017 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2380 del 2017, proposto da:

Consorzio Stabile Punta Campanella, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Del Duca, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Cesario Console, 3;

contro

Acqua Campania s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Rossi, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Carducci, 37;

per l'annullamento

del provvedimento del 9 maggio 2017 prot. n. 790/2017 di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara volta all'affidamento dei lavori di

“Ristrutturazione funzionale dell’Acquedotto Campano. Sistema di alimentazione della penisola Sorrentina e dell’Isola di Capri. Rifunzionalizzazione del sistema di adduzione da Angri a Gragnano e alimentazione dei Comuni di Casola e Gragnano”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acqua Campania s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 il dott.

Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Parte ricorrente impugna, previa richiesta di sospensione cautelare, il provvedimento di esclusione disposto nei propri confronti dalla Acqua Campania s.p.a. nell’ambito della gara indetta per la *“Ristrutturazione funzionale dell’acquedotto Campano. Sistema di alimentazione della penisola Sorrentina e dell’isola di Capri. Rifunzionalizzazione del sistema di adduzione da Angri a Gragnano e alimentazione dei Comuni di Casola e Gragnano”* con importo complessivo di euro 2.997.183,20 oltre Iva.

In particolare, al Consorzio ricorrente è stato contestato il mancato possesso dei requisiti soggettivi richiesti dal punto 4.3 del disciplinare di gara e, segnatamente, delle certificazioni ISO 14001/2004 (Sistema di Gestione Ambientale) e OHSAS 18001 (Sistema di Salute e Sicurezza) di cui, viceversa, è titolare la sola impresa consorziata esecutrice Edil Global s.r.l..

A sostegno del gravame parte ricorrente deduce un unico motivo di diritto con il quale, in sintesi, assume l’ultravigenza della disciplina prevista in

materia dal D.Lgs. n. 163/2006, nelle more dell'adozione delle linee guida Anac (*rectius* del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'Anac) circa i requisiti che devono essere posseduti dai concorrenti. Tanto in forza dell'art. 83, comma 2 ultimo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 dal quale si evince che, fino all'adozione delle predette linee guida, continua ad applicarsi l'art. 81 del D.P.R. n. 207/2010 (cfr. art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016) il quale, sua volta, rinvia all'art. 36, comma 7 del previgente codice appalti di cui al D.Lgs. n. 163: applicando tale previsione (*"Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate"*), il Consorzio ricorrente potrebbe legittimamente usufruire delle certificazioni possedute dalla propria impresa consorziata.

La ricorrente conclude con le richieste di accoglimento del ricorso e di conseguente annullamento del provvedimento impugnato e, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente monetario per l'eventualità che non sia possibile la reintegrazione in forma specifica.

Si è costituita Acqua Campania s.p.a. che si oppone all'accoglimento del ricorso.

L'amministrazione rileva che il previgente art. 47, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, prima della novella attuata con il correttivo D.Lgs. 56/2017, recitava *"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"*. Quindi, prosegue l'ente, la disposizione di favore operava solo per i consorzi neocostituiti e non poteva viceversa applicarsi al Consorzio ricorrente il

quale è stato istituito nel 2000, quindi da più di 5 anni.

Acqua Campania s.p.a. aggiunge che l'istante non potrebbe giovare della novella - siccome approvata solo dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (12 aprile 2017) - di cui al D.Lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 che ha modificato l'art. 47 del D.Lgs. n. 50/2016 (*"I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni"*).

La parte resistente conclude quindi per l'infondatezza e la conseguente reiezione del gravame.

Alla camera di consiglio del 21 giugno 2017 il Collegio si è riservato di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 74 del codice del processo amministrativo, essendo maturo per la decisione di merito, integro il contraddittorio, completa l'istruttoria, avendone dato avviso ai difensori presenti e sussistendo gli altri presupposti di legge.

Infine, la causa è stata trattenuta in decisione.

Preliminarmente occorre dare atto che il ricorso depositato in atti in data 9.06.2017, pur redatto in formato nativo digitale conforme al disposto dell'art. 12 lett. a) delle specifiche tecniche (Allegato A del D.P.C.M. n. 40/2016), è privo di sottoscrizione con firma digitale, in violazione dell'art. 136 comma 2 bis del c.p.a. e dell'art. 9, comma 1, del D.P.C.M. n. 40/2016

(Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo). Infatti, benché l'atto riporti a margine l'indicazione "*firmato digitalmente da Barbara Del Duca*", il software Adobe Acrobat Reader in dotazione non ha rilevato l'esistenza della firma digitale a conferma del fatto che lo stesso non risulta sottoscritto secondo le disposizioni sul p.a.t. e del Codice dell'amministrazione digitale.

Tuttavia nella specie, tale vizio non risulta suscettibile di comportare l'insanabile nullità dell'atto per mancanza di sottoscrizione ex art. 42 c.p.a. (cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I n. 1694/2017) alla luce delle argomentazioni formulate da questo T.A.R. (Sez. II, n. 1053/2017) che, anche tenuto conto del principio di raggiungimento dello scopo, ha ritenuto non infirmante la mancata apposizione della firma digitale al ricorso da parte del difensore allorquando, come nel caso in esame, l'atto cartaceo notificato alla controparte rechi l'autenticazione in calce del mandato e la relata di notifica sia sottoscritta in maniera autografa dal difensore, onde non possa dirsi che l'atto notificato non sia inequivocamente riferibile al procuratore (cfr. anche Cass. Civ., Sez. VI, n. 1275/2011).

Sussistono poi ulteriori elementi che consentono di imputare il ricorso al difensore costituito, quali le firme digitali per asseverazione apposte dal medesimo sulle copie digitali per immagini della procura speciale alle liti conferita su supporto analogico e del ricorso notificato alla controparte processuale a mezzo posta ordinaria ex l. n. 53/1994. In ogni caso, va rilevato che la costituzione dell'intimata amministrazione elide il vizio ai sensi dell'art. 44, comma 3, del c.p.a..

Nel merito, il ricorso è fondato.

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 depongono 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).

Non ha pregio la tesi difensiva dell'amministrazione appaltante che limita l'applicazione del beneficio esclusivamente ai Consorzi stabili costituiti da non più di 5 anni - situazione nella quale non versa il Consorzio ricorrente - in virtù dell'art. 47, comma 2, del nuovo codice appalti vigente *ratione temporis*, antecedente alla novella attuata con il decreto correttivo D.Lgs. n. 56/2017.

Ed invero, il ragionamento seppur corretto in teoria, non esclude che vi sia contrasto tra disposizioni che ammettono il "cumulo alla rinfusa" incondizionatamente e a prescindere dalla data di costituzione del consorzio stabile (i citati art. 83, comma 2, art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016 ed il previgente art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006) e quella che, viceversa, ne ammette l'applicazione solo ai consorzi neocostituiti (art. 47, comma 2, prima della novella del 2017). In presenza di tale contrasto, va preferita l'interpretazione che salvaguardia la massima partecipazione delle imprese alle gare ad evidenza pubblica coerentemente, tra l'altro, con la previsione contenuta nell'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 che, 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”*.

Va infine rammentato che la limitazione temporale di cui al citato art. 47 comma 2 è stata poi eliminata dal legislatore con il decreto correttivo di cui al D.Lgs. n. 56/2017 mostrando così di recepire il principio favorevole all'applicazione generalizzata del cumulo dei requisiti in capo ai consorzi stabili.

Infine, l'interpretazione sostenuta dalla parte ricorrente è corroborata dai chiarimenti forniti dall'Anac nel proprio comunicato dell'8 giugno 2016 *“sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 nel periodo transitorio”*.

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. n. 50/2016, l'Anac ha rilevato che i requisiti sono individuati in linea generale dall'art. 47 del nuovo codice, aggiungendo che *“l'art. 216, 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”*.

Applicando tali coordinate normative ed ermeneutiche alla fattispecie, ritiene la Sezione che la dichiarazione di voler usufruire dei requisiti della indicata consorziata esecutrice, resa dal Consorzio in sede di partecipazione alla gara per cui è causa, costituisca elemento sufficiente ai fini della

regolare partecipazione.

Per l'effetto, il ricorso va accolto con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione del Consorzio ricorrente che, qualora non sussistano ulteriori ragioni preclusive, va riammesso in gara.

L'accoglimento della domanda impugnatoria rende superfluo l'esame della richiesta subordinata di risarcimento dei danni per equivalente monetario avanzata dalla parte ricorrente.

In applicazione del criterio della soccombenza ex artt. 91 c.p.c. e 26 c.p.a., la parte resistente va condannata al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese processuali liquidate in dispositivo e al rimborso del contributo unificato ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis.1 del D.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna Acqua Campania s.p.a. al pagamento delle spese processuali in favore del Consorzio Stabile Punta Campanella che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge e al rimborso del contributo unificato versato dalla parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Olindo Di Popolo, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO