

I presupposti applicativi del rito superaccelerato

di Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 28-4-2017

1. Il rispetto delle forme di pubblicità è necessario ai fini dell'applicazione del rito "super speciale" di cui all'art.120, comma 6 bis, c.p.a..
2. Il rito c.d. "specialissimo" o "super speciale" di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a. è applicabile unicamente nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione.
3. In difetto della contestuale ricorrenza di tutti i presupposti per la concreta applicazione della prescrizione processuale relativa al c.d. rito "superaccelerato", deve ritenersi che la medesima si riveli inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e cioè un sistema a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara.

Guida alla lettura

La sentenza in esame affronta una delle questioni più dibattute all'indomani della entrata in vigore del nuovo Codice sui Contratti Pubblici, ossia quella afferente al rito superspeciale previsto per le controversie vertenti sulla esclusione dalla gara e/o sull'ammissione degli altri concorrenti.

Com'è noto, a mente dell'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a., nel testo novellato dal D. Lgs. n. 50/2016, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e/o le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione, entro tale termine, dei suindicati provvedimenti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di affidamento, anche mediante ricorso incidentale^[1].

Il rito introdotto dal nuovo Codice sui Contratti Pubblici si contraddistingue per la specialità dei termini a difesa e per la celerità dei tempi di risoluzione della controversia.

Quest'ultima, infatti, è definita in Camera di Consiglio o, ove richiesto dalle parti, in udienza pubblica, da tenersi entro il termine di trenta giorni dalla scadenza del termine per la

costituzione in giudizio delle parti diverse dal ricorrente.

Trattandosi di rito accelerato, la Camera di Consiglio o l'udienza pubblica come innanzi fissate possono essere rinviate soltanto per esigenze istruttorie e/o per integrare il contraddittorio e/o per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. Per la natura peculiare del rito *de quo*, non è prevista la possibilità della cancellazione della causa dal ruolo.

E' evidente che, con le disposizioni normative in esame, il Legislatore ha inteso concentrare le controversie vertenti sulla esclusione e/o sull'ammissione dalla/alla gara in una fase antecedente quella involgente l'impugnazione dell'aggiudicazione, al fine di evitare che, come spesso accaduto in vigenza delle pregressa disciplina, attraverso la presentazione di ricorsi principali ed incidentali, venisse completamente sovvertito l'esito della gara, anche a distanza di tempo^[2].

Il nuovo rito previsto dall'art. 120 commi 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a. ha incontrato non pochi problemi sul piano squisitamente operativo.

Innanzitutto, l'aver anticipato l'accesso al Giudice Amministrativo, in caso di contestazione dell'ammissione alla gara degli altri concorrenti, ha comportato un radicale stravolgimento del modo di intendere l'"interesse a ricorrere"^[3].

Secondo l'impostazione classica sia della giurisprudenza che della dottrina, l'azione davanti al Giudice Amministrativo deve fondarsi, oltre che sulla titolarità di una situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, anche sull'interesse a ricorrere, inteso come l'interesse a conseguire, attraverso l'annullamento del provvedimento impugnato, un'utilità o un vantaggio anche solo potenziale.

Sul tale definizione di interesse a ricorrere poggia, com'è noto, la c.d. "prova di resistenza" , necessaria ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli Contratti pubblici, l'interesse a ricorrere, quanto specificamente alla materia, ha assunto una fisionomia più virtuale, almeno nei limiti in cui, per effetto dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., l'impugnazione dell'altrui ammissione deve inderogabilmente avvenire, a pena di decadenza, entro i termini sanciti dalla suddetta norma, a prescindere dunque dall'effettiva incidenza della stessa sulla posizione in graduatoria del soggetto ricorrente e/o sull'aggiudicazione finale.

Il che ha suscitato non pochi dubbi di incostituzionalità della norma, che, però, al momento non sono stati condivisi dal Giudice Amministrativo.

Recentemente, il TAR Napoli, con la sentenza n. 696 del 2.2.2017, ha ritenuto che la *ratio* acceleratoria delle norme processuali previste dall'art. 120 c.p.a., s.m.i., tra cui quella di cui al comma 2 *bis*, volta alla sollecita definizione del processo in una materia rilevante come quella degli appalti, è pienamente conforme al principio di ragionevolezza dei tempi del processo e, in ultima istanza, a quello di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost..

Ad avviso, dunque, del Giudice partenopeo, la disciplina dell'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a. non pone alcuna questione di costituzionalità né di compatibilità comunitaria, laddove prevede l'onere di immediata impugnativa, entro trenta giorni, dell'atto di ammissione alla gara in relazione alla piena conoscibilità del provvedimento, stante la comunicazione dell'avvenuta ammissione, riportante gli estremi della stessa. Al limite, prosegue il ridetto TAR, si porrebbe una questione di coordinamento con la normativa che disciplina l'accesso agli atti, comunque superabile in base all'istituto della proposizione dei motivi aggiunti per i profili di illegittimità conosciuti successivamente per effetto dell'integrale conoscenza gli atti.

Sicuramente, trattandosi ancora oggi di tema particolarmente dibattuto, al Giudice Amministrativo non mancheranno occasioni per approfondire ulteriormente la questione.

Altro argomento assai discusso è quello afferente ai presupposti in sé e per sé per l'operatività del rito superaccelerato.

Ebbene, proprio sul punto, la sentenza del TAR Bari n. 394/2017 va a corroborare quello che al momento è l'orientamento giurisprudenziale dominante.

Attenendosi al tenore letterale dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., il TAR Bari ha evidenziato la necessità del rispetto, da parte della stazione appaltante, delle forme di pubblicità al fine garantire l'immediata conoscenza degli atti relativi all'ammissione/esclusione, prima, ed all'aggiudicazione, poi, nonché le conseguenze dell'inosservanza di dette forme di pubblicità sull'applicazione dell'art.120, comma 6 *bis*, c.p.a.

Con la sentenza in esame, il TAR Bari ha rafforzato quanto già dal medesimo affermato con la precedente pronuncia n. 340/2017, con la quale aveva infatti chiarito che *<<in difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito>>*.

Concetto, invero, in precedenza espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 4994/2016.

In ragione della natura "specialissima o super speciale" della disciplina di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* del citato art. 120 c.p.a., il TAR Bari ha inoltre chiarito che la stessa va applicata unicamente ai casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione, rappresentando che, in mancanza di tale distinzione, *<<le esigenze di rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili dai protagonisti della gara divengono attuali solo nel momento in cui il procedimento è giunto alla fase di aggiudicazione definitiva, soggetta all'usuale rito, pur "speciale", disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120 c.p.a.>>* (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 14 aprile 2017, n. 394 cit.).

A supporto della propria decisione il TAR Pugliese ha richiamato la recente Ordinanza del Consiglio di Stato n. 1059/2017, in base alla quale <<la novella all'art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda>>.

In questo stesso senso si è espresso, sia pure in fase cautelare, anche il TAR Brescia, con l'Ordinanza n. 173 del 10.4.2017, a mente della quale: << **Il rito camerale super-accelerato di cui all'art. 120 commi 2-bis e 6-bis cpa è utilizzabile solo quando l'esclusione avvenga prima dell'esame dei dettagli tecnici da parte della commissione giudicatrice, ossia quando si discuta esclusivamente del possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali necessari per l'ingresso nella procedura di gara. Non appare invece utilizzabile quando sia stato espresso un giudizio di valore sull'offerta già ammessa, nel confronto con le altre offerte, neppure quando il superamento di una soglia minima di punteggio sia prevista dalla lex specialis come condizione per accedere a una fase successiva della medesima procedura (nella specie si trattava di un ricorso per l'esclusione dalla procedura di gara dopo la valutazione del contenuto dell'offerta, in conseguenza dell'attribuzione di un giudizio di inidoneità)>>.**

Riepilogando, quindi, in difetto della ricorrenza dei presupposti per la concreta applicazione della prescrizione processuale relativa al cd. rito superaccelerato (i.e. rispetto delle forme di pubblicità e netta separazione della fase di esclusione/ammissione alla gara da quella di aggiudicazione), va applicato il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., che, attraverso la definizione della controversia con sentenza in forma semplificata resa all'esito dell'udienza fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, comunque contribuisce alla rapida costituzione di certezze giuridiche sulla procedura di gara, nel rispetto delle esigenze che hanno indotto il legislatore a riformare il Codice degli appalti.

[1] Cfr. r. damonte, in *“Esclusione automatica delle offerte anomale e rito super accelerato ex art. 120 c. 2 bis e 6 bis d.l.gs. n. 104/2010”*, su questa Rivista.

[2] Cfr. a. levato, in *“Rito superaccelerato e anomalia dell'offerta”*, su questa Rivista.

[3] Cfr. I. valla, in *“Interesse a ricorrere” e art. 120 co. 2 bis del cpa: tra deflazione del contenzioso e legittimità costituzionale*” su questa Rivista.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 271 del 2017, proposto da:

Etacons s.r.l, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luciano Ancora, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Puglia in Bari, piazza Massari, n. 6;

contro

Acquedotto Pugliese Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, viale Quinto Ennio, n. 33;

nei confronti di

Alberto Ferruccio Piccinni, in proprio e quale capogruppo e legale rappresentante del R.T.P. "Ing Alberto F. Piccinni, Mandatario Hydrodata s.p.a. e Vito Specchio", rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Distante, con domicilio eletto presso lo studio Cecilia Pesce in Bari, via Principe Amedeo, n. 164;

per l'annullamento*previa sospensione:*

1) della nota 13/2/2017 n. 18455 dell'Acquedotto Pugliese avente ad oggetto: P1193 Affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, ivi compresa la redazione della relazione geologica ed esecuzione di indagini geognostiche, incluse tutte le prestazioni professionali accessori, ai sensi degli artt. 23

e 24 del D.Lgs n. 50/2016, ed inoltre degli artt. 91 e 100 del D. L.vo n. 81/2008, relativi ai lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione a servizio dell'agglomerato di Casarano (Le). Importo base d'asta; Euro 273.289,40. Aggiudicazione;

2) della coeva Determina del 13/2/2017, n. 18420, del Vice Presidente dell'Acquedotto Pugliese, con la quale sono stati approvati i verbali della Commissione di gara, anch'essi specificatamente qui impugnati per quanto di interesse;

3) di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Acquedotto Pugliese Spa e di Alberto Ferruccio Piccini;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60, 74 e 120, comma 10, c.p.a.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2017 la dott.ssa Cesira Casalanguida;

Uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

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. – Con Deliberazione a contrattare dell'Acquedotto Pugliese prot. n. 84661 del 4.08.2016 è stato autorizzato l'espletamento della gara, da svolgere in modalità telematica, per l'*affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, ivi compresa la redazione della relazione geologica ed esecuzione di indagini geognostiche, incluse tutte le prestazioni professionali accessorie ai sensi degli artt. 23 e 24 del D. lgs 50/2016 e artt. 91 e 100 del D.Lgs 81/2008, relativi ai lavori di potenziamento dell'impianto di depurazione a servizio dell'agglomerato di Casarano (Le).* – *Importo a base d'asta: € 273.289,40*, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 comma 3 lett. b, indetta ed avviata, ai sensi dell'art. 128 comma 2 del D.Lgs. 50/2016, con lettera d'invito del 5.08.2016.

Con disposizione prot. 18420 del 13.2.2017 e con note di pari data, sono state comunicate l'approvazione dei verbali di gara della commissione e l'aggiudicazione al R.T.P. "Ing Alberto F. Piccinni, (Cap.) - Hydrodata s.p.a. - Dott. Geologo Vito Specchio", che ha conseguito un punteggio complessivo di 100 punti. Al secondo posto si è classificata la società Etacons s.r.l., odierna ricorrente, con punti 75,462.

2. - Con ricorso notificato il 15.03.2017 e depositato il 17.03.2017, Etacons s.r.l. ha impugnato, con unico ricorso sia "la nota 13.02.2017 n. 18455 dell'Acquedotto Pugliese avente ad oggetto: P1193 Affidamento (...)" del servizio oggetto di gara, sia la coeva Determina del 13.02.2017, n. 18420, "con la quale sono stati approvati i verbali della Commissione di gara", sia "ogni altro atto, connesso, presupposto e consequenziale", chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia in sede cautelare.

2.1. - Con due motivi di ricorso, la ricorrente deduce l'omessa esclusione del raggruppamento risultato aggiudicatario, per eccesso di potere sotto vari profili, violazione della lettera d'invito e per violazione di legge, in particolare, dell'art. 128, comma 2 del D. Lgs. 50/2016.

3. - Con atto depositato il 23.03.2017 si è costituito in giudizio il controinteressato e, con memoria del 10.04.2017, ha eccepito l'inammissibilità/irricevibilità del ricorso e ha argomentato sull'infondatezza del gravame.

4. - Acquedotto Pugliese s.p.a. (di seguito anche AQP) si è costituito in giudizio il 30.03.2017 e, con memoria del 7.04.2017, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per avere la ricorrente cumulato le domande avverso due segmenti concorsuali soggetti a riti processuali diversi: il primo avverso l'ammissione alla gara del RTP aggiudicatario, assoggettato alle previsioni di cui al comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. e il secondo avverso il provvedimento di aggiudicazione, regolato dal rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., oltre a sostenere l'infondatezza nel merito del ricorso.

5. - Con Decreto n. 144 del 4 aprile 2017 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

6. - All'udienza del 12 aprile 2017, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, AQP, sollecitata sul punto dal Presidente del Collegio, ha confermato che non vi è stata alcuna pubblicazione o comunicazione precedente a quelle del 13.02.2017, relativa agli atti di ammissione/ esclusione della gara, ivi compresi i verbali della Commissione. La difesa del controinteressato ha, pertanto, dichiarato di rinunciare all'eccezione di tardività del ricorso. Le parti si sono, successivamente, soffermate sull'eccezione di inammissibilità sollevata da AQP. La ricorrente ha poi preso atto della difesa svolta da AQP e della documentazione prodotta volta al superamento del primo motivo di ricorso e si è, quindi, soffermata, in particolare, sul secondo motivo di ricorso ritenuto dirimente, a cui hanno replicato le controparti. All'esito della discussione, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

7. - In via preliminare, deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata da Acquedotto Pugliese s.p.a.

Il Collegio ritiene, in proposito, che occorra stabilire se ricorrano i presupposti per l'attuazione della prescrizione processuale di cui all'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., come introdotto dall'art. 204, comma 1 lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che contempla un rito super accelerato per le esclusioni e le ammissioni dalle gare "...all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico – finanziari e tecnico professionali...", atteso che, nel caso in esame come confermato anche da AQP, non si individua una netta distinzione tra fase di ammissioni/esclusioni e fase di aggiudicazione.

La stazione appaltante resistente, in sostanza, non ha rispettato, nella specie, le forme di pubblicità idonee a garantire l'immediata conoscenza degli atti relativi all'ammissione/esclusione, prima, ed aggiudicazione, poi, previste, in particolare, agli artt. 29 e 76 del nuovo codice del contratti.

7.1. - Sulla necessità del rispetto delle forme di pubblicità e sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza delle relative previsioni del codice sull'applicazione dell'art.120, comma 6 *bis*, c.p.a, la Sezione si è di recente pronunciata (v. T.A.R. Bari, sez. III, sent. 340/2017 del 5.04.2017), sancendo il principio per cui "*in difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito*" (Cons. Sato, sez. III, sent. 4994 del 25.11.2016).

7.2. - Del resto, dubbi sull'applicabilità del cd. rito superaccelerato a fattispecie come quella in esame trovano conferma anche nella formulazione dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., che fa espresso riferimento all'adozione di "*successivi atti*", rispetto al provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, per il quale prescrive l'onere di impugnazione nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Ad avviso del Collegio il rito cd. "*specialissimo*" o "*super speciale*", di cui ai commi 2-*bis* e 6-*bis* del citato articolo 120 c.p.a. è applicabile unicamente nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione.

In fattispecie - come quella in esame - in cui, invece, la suddetta distinzione non è ravvisabile, le esigenze di rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili dai protagonisti della gara divengono attuali solo nel momento in cui il procedimento è giunto alla fase di aggiudicazione definitiva, soggetta all'usuale rito, pur "*speciale*", disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120 c.p.a..

Tale assunto trova conferma anche nella recente ordinanza del Consiglio di Stato n. 1059/2017, richiamata da AQP, laddove si afferma che "*la novella all'art. 120 disegna per le*

gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda”.

7.3. - In difetto della contestuale ricorrenza di tutti i presupposti per la concreta applicazione della prescrizione processuale relativa al cd. rito superaccelerato, deve ritenersi che la medesima si riveli inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e cioè un sistema a duplice sequenza, *“disgiunto per fasi successive del procedimento di gara”*.

A tali dirimenti considerazioni si aggiunge quella per cui i dubbi circa l'applicazione delle nuove regole processuali debbono *“essere risolti preferendo l'opzione ermeneutica meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa (e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt.24 e 113)”* (Cons Stato sent. 4994/2016, cit.).

Deve, da ultimo, rilevarsi come la presente definizione della controversia attraverso la sentenza in forma semplificata, all'esito dell'udienza fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, contribuisca, pur in applicazione dell'unico rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., alla rapida costituzione di certezze giuridiche sulla procedura di gara, nel rispetto delle esigenze che hanno indotto il legislatore a riformare il Codice degli appalti.

7.4. - Per quanto esposto il Collegio applica al caso in esame l'unico rito, pur “speciale”, disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120 c.p.a. e respinge l'eccezione di inammissibilità.

8. – Nel merito il ricorso è infondato e deve, pertanto essere respinto.

8.1. - Come riconosciuto anche da parte ricorrente nel corso della discussione all'udienza fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il primo motivo di ricorso, relativo alla violazione del requisito speciale di cui al punto A3) lettera b) della lettera d'invito, è stato superato dalla produzione documentale versata in atti, oltre che dalla difesa svolta dalle parti resistenti.

Etacons s.r.l. ha contestato al controinteressato di aver svolto il servizio relativo alla progettazione esecutiva del potenziamento dell'impianto di depurazione di Brindisi, dell'importo di lavori pari ad € 6.607.509,37 a favore di AQP, sostenendo che il servizio sarebbe stato, invece, svolto dalla società Archè di cui l'ing. Piccinni sarebbe solo socio e che il direttore tecnico di tali lavori era l'ing Vitone.

Ha aggiunto che il servizio relativo all'impianto di depurazione di Brindisi non poteva essere valutato nemmeno con riferimento all'offerta tecnica.

A riprova dell'infondatezza della censura, sia il controinteressato, che AQP hanno depositato documentazione da cui si desume che l'incarico relativo al servizio in questione è stato conferito direttamente all'ing. Piccinni e non alla società Archè.

9. – Infondato è anche il secondo motivo di ricorso, con cui Etacons s.r.l. deduce la violazione

dell'art. 128, comma 2, D.Lgs. 50/2016.

9.1. - Parte ricorrente sostiene che il controinteressato non avrebbe dovuto essere invitato a partecipare alla gara in quanto, seppur inserito nell'elenco degli operatori economici costituito a seguito del sistema istituito ai sensi dell'art. 128, comma 2, D.Lgs. 50/2016, non sarebbe in possesso dei requisiti richiesti dalla lettera d'invito. Evidenzia che a tale mancanza l'ing. Piccinni ha sopperito costituendo un RTP con Hydrodata s.p.a. e il geologo Dott. Specchio e ricorrendo alla stipula del contratto di avvalimento con Hydrodata s.p.a. Aggiunge che questi ultimi soggetti non sono iscritti nell'Albo dei fornitori di AQP.

Censura la mancata esclusione dalla gara del controinteressato ritenendo che potessero essere invitati e partecipare solo gli operatori economici in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla lettera d'invito, senza possibilità di dimostrarli attraverso la costituzione di un RTP o il ricorso all'avvalimento.

9.2. - AQP contesta alla ricorrente di non distinguere i requisiti di qualificazione all'Albo dei fornitori da quelli richiesti per la partecipazione alla gara per cui è causa. Richiama il Regolamento dell'Albo dei fornitori. Ribadisce di aver proceduto ad invitare i soggetti professionali iscritti all'Albo, qualificati nella categoria d'opera IA.01 (ex IIIa), tra cui il controinteressato, in quanto risultante in possesso dei requisiti richiesti ai fornitori al fine di ottenere la qualificazione al sistema. Con riferimento specifico ai requisiti di partecipazione alla gara in questione, aggiunge che l'ing. Piccinni è risultato essere in possesso di tre dei quattro requisiti in misura superiore a quella prevista dalla *lex specialis*, ad eccezione dell'unico requisito del personale, in quanto iscritto in qualità di singolo professionista, per attestare il quale l'ingegnere ha usufruito dell'avvalimento.

Ribadisce che la *lex specialis*, al punto A.5), prevede espressamente la "costituzione del concorrente in RTP tra i soggetti di cui all'art. 46 lettere da a) a d) ma anche comprendere i soggetti di cui alla lettera f)" e che in alcun modo esclude l'avvalimento.

9.3. – Il controinteressato richiama le previsioni del Regolamento AQP e la lettera d'invito per smentire la tesi sostenuta dalla ricorrente, oltre che quelle di cui al D.Lgs 50/2016, in particolare, l'art. 48 comma 11 riferito alle procedure ristrette che consente all'operatore, invitato individualmente, di presentare offerta quale mandatario di operatore riuniti.

Afferma che AQP, nella procedura per cui è causa, non abbia limitato ai soggetti già qualificati la possibilità di riunirsi temporaneamente e che quando lo ha fatto, come in altre procedure con diverse lettere d'invito, vi ha provveduto in modo espresso. Ritene per questo che la qualificazione AQP era la condizione minima ma non decisiva per partecipare alla gara, che richiedeva anche requisiti ulteriori, tanto che non sarebbe affatto esclusa la possibilità di costituire RTP anche con soggetti non inseriti nell'Albo AQP, in conformità all'art. 48 comma 11 D.Lgs. 50/2016.

Sostiene di essersi attenuto alle previsioni contenute nella lettera d'invito e al Regolamento dell'Albo dei fornitori e che alcuna censura è stata riferita alle relative previsioni, tanto da non poter mettersi in discussione la loro legittimità. Quanto all'unico dei requisiti non posseduto

singolarmente, quello relativo al personale, in particolare, alla richiesta di soci attivi, dipendente e/o consulenti, ritiene che si tratti di figure che costituiscono l'organigramma riferito a società di ingegneria ma non al singolo professionista.

Ribadisce di aver fatto ricorso al RTP e all'avvalimento nel rispetto delle previsioni della *lex specialis* di gara e del D.Lgs. 50/2016, in particolare, gli artt. 135, comma 3 e 89.

10. - La tesi della ricorrente non può essere favorevolmente apprezzata.

Dall'esame della disciplina applicabile alla procedura di gara per cui è causa non si desume alcuna violazione idonea ad inficiare la partecipazione alla gara del ricorrente.

L'art. 128 comma 2, del D.Lgs. 50/2016 prevede che *"2. Se viene indetta una gara con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, gli offerenti, in una procedura ristretta, o i partecipanti, in una procedura negoziata, sono selezionati tra i candidati qualificati con tale sistema"*.

La stazione appaltante AQP ha proceduto ad invitare l'ing. Piccinni in quanto inserito nell'elenco degli operatori economici costituito a seguito dell'introduzione del sistema di qualificazione istituito ai sensi della suindicata norma. E' incontestato, infatti, che il suddetto sia un operatore qualificato ed inserito nell'Albo dei fornitori di AQP.

La *lex specialis* di gara, al punto A.5), consente espressamente *"la costituzione del concorrente in RTP tra i soggetti di cui all'art. 46 lettere da a) a d), ma anche ... i soggetti di cui alla lettera f) del medesimo comma"*. Precisa, inoltre, che *"nel caso di RTP, i requisiti di cui al punto A.3) lettere a), b) e c) debbono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento"*, che *"il requisito di cui alla lettera c) del predetto punto A.3) non essendo frazionabile deve essere posseduto da una sola impresa associata"*, che *"il mandatario deve possedere il requisito in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti"* e che *"la presenza del geologo, deve essere comunque garantita o facente parte dell'Associazione Temporanea o attraverso l'impegno di conferimento di apposito incarico"*.

Dalla lettura della previsione si desume in modo chiaro che il "concorrente" (destinatario della lettera d'invito), selezionato tra quelli iscritti nell'elenco e, dunque "qualificato", in conformità alla previsione dell'art. 128 comma 2, possa costituirsi in RTP. Nessuna preclusione si desume circa la partecipazione, oltre che del concorrente selezionato, degli altri soggetti al RTP, se non quelle espressamente stabilite dalle disposizioni sopra citate.

Le previsioni della lettera d'invito risultano conformi anche a quelle di cui al "Regolamento dell'Albo dei fornitori di Acquedotto Pugliese s.p.a.", ed. 3.0 del 15.09.2015, che all'art. 17, secondo capoverso, prevede che *"nelle lettere d'invito sono indicate le condizioni e le prescrizioni anche ulteriori rispetto a quelle minime previste nel presente Regolamento che i concorrenti devono assolvere ai fini dell'ammissione alla gara"*.

Ne consegue che, al candidato invitato a partecipare in quanto soggetto qualificato inserito nell'albo dei fornitori, la lettera d'invito possa imporre "ulteriori condizioni e prescrizioni"

derivanti dalla peculiarità della gara e delle esigenze ad essa sottese. Tra di esse, il bando in esame, ha previsto espressamente la possibilità di costituire RTP, né ha introdotto limitazioni alla possibilità di utilizzo dell'avvalimento.

Una diversa e più restrittiva lettura della *lex specialis*, del resto, si porrebbe in contrasto con l'interpretazione che agevoli la più ampia partecipazione alla procedura, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, sent. 1015 del 14.03.2016, sez. III, 14 gennaio 2015, nr. 58).

In tal senso depone anche la recente giurisprudenza richiamata da AQP, che, con riferimento al disposto dell'art. 37 comma 12° del D.Lgs. n. 163/2006 (ora art 48 comma 11 del D.Lgs 50/2016), ha stabilito che eventuali limiti o condizioni imposte alla possibilità per il concorrente invitato ad una gara ristretta di presentarsi quale mandatario di un raggruppamento sarebbero da intendersi come tese ad introdurre condizioni di partecipazione alla gara, a pena di esclusione, *“non conformi alle norme di legge, e quindi nulla ai sensi dell’art. 46 comma 1 bis del D.Lgs. n. 163/2006”* (v. T.A.R. Palermo, sez. III, sent. 18 del 5.01.2017).

La previsione di cui all'art. 48, comma 11 D. Lgs. 50/2016, applicabile agli appalti nei settori speciali come quello oggetto di giudizio, richiamato anche dalle parti resistenti in giudizio, contribuisce a supportare ulteriormente la possibilità dell'operatore economico invitato individualmente di *“presentare offerta di per sé o quale mandatario di operatori riuniti”*.

Dirimente, da ultimo, è quanto rilevato dal controinteressato circa l'omessa impugnazione delle previsioni della lettera d'invito e del Regolamento dell'Albo dei fornitori di Acquedotto Pugliese s.p.a., risultando gli atti di gara adottati in conformità alle relative previsioni.

11. - In conclusione, poiché dall'esame dei motivi di ricorso nessuno dei dedotti vizi si ravvisa nei provvedimenti gravati, il ricorso deve essere respinto.

12. - Il quadro fattuale e giuridico complessivo, ivi comprese le questioni di rito, caratterizzate dalla novità della disciplina di riferimento e dai relativi dubbi interpretativi, inducono a disporre l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

(omissis)