

Soglia minima dei requisiti di qualificazione e principio di corrispondenza per la partecipazione nei r.t.i.

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 25-10-2018

Nelle procedure di gara per l'affidamento di servizi ad associazioni temporanee di imprese, non vige il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza; pertanto, è legittimo che i requisiti di qualificazione e/o di capacità siano posseduti esclusivamente dalla capogruppo e non anche dai singoli associati.

Conforme: Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2014, n. 27; *idem*, sez. VI, 15 gennaio, 2015, n. 18; *idem*, sez. V, 26 luglio 2017, n.3679; *idem*, 28 giugno 2018, n. 3993; Tar Liguria, sez. II, 28 febbraio 2017, n. 144; Tar Campania, Napoli, sez. I, 14 giugno 2017, n. 1720.

Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Guida alla lettura

La vicenda posta al vaglio del Tar di Bari ha a oggetto l'**esclusione** di una **associazione temporanea di imprese** dalla gara indetta da un'Azienda sanitaria locale per l'**affidamento dei servizi** consistenti nelle attività di supporto alla gestione di un centro di accoglienza.

Si rammenta che i raggruppamenti temporanei d'impresa costituiscono una delle più diffuse forme di partecipazione congiunta e che, ai sensi degli **artt. 45 e 48 del d.lgs. n. 50/2016**, i concorrenti associati, stante il necessario possesso dei requisiti di cui all'**art. 80 del d.lgs. n. 50/2016**, ben possono usufruire del **cumulo dei requisiti** posseduti da ciascun associato, sopperendo in tal modo alla carenza individuale, in ossequio ai **principi di tutela della concorrenza** e di **massima partecipazione**.

Nel caso di specie, una delle **mandanti** del raggruppamento aveva dichiarato solo la **parte del servizio** che avrebbe svolto, non anche la propria **quota di qualificazione** relativa al possesso del **requisito di capacità tecnica e professionale** (esperienza almeno triennale nel trattamento delle dipendenze patologiche) richiesto dal bando e dal disciplinare di gara, rimandando per esso a quanto dichiarato dalla **mandataria** (in possesso, invece, del requisito nella sua **interezza**).

Il ricorso del r.t.i. avverso la propria esclusione è stato accolto in quanto ritenuto fondato.

Il Collegio ha infatti rilevato che l'**art. 48, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016**, nel disciplinare le procedure di gara per l'affidamento di servizi a raggruppamenti temporanei di operatori economici, si limita a stabilire che l'offerta economica contenga l'indicazione delle specifiche parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici, non essendo prevista alcuna prescrizione specifica in ordine alla **quota minima** dei requisiti di qualificazione e/o di capacità che deve essere posseduta da ciascun operatore economico facente parte del raggruppamento.

Ha soggiunto che l'**art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016** impone che la **mandataria** possieda i requisiti ed esegua le prestazioni in **misura maggioritaria**, mentre definisce come "**eventuali**" le misure in cui gli stessi debbano essere posseduti dai **singoli partecipanti**, sicché la definizione è rimessa alla **discrezionalità** della stazione appaltante.

Nel caso che occupa, premesso che la *lex specialis* ha espressamente ritenuto sufficiente che il predetto requisito sia posseduto da **raggruppamento nel suo complesso**, e non anche da ciascuna impresa, la mandante legittimamente non si è avvalsa della facoltà di definire la misura della sua capacità tecnica e professionale dell'esperienza triennale.

Corollario di quanto sopra, come anche condiviso recentemente dall'**Adunanza plenaria**, è che: "*... negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara*", pertanto: "*... ciascuna impresa raggruppata va qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara*" (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2014, n. 27).

In altri termini, il possesso dei requisiti speciali di qualificazione ben **può** attestarsi su una **soglia minima** (trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità della p.A.) senza che, tuttavia, alla suddetta soglia corrisponda l'entità delle quote di partecipazione al r.t.i.; ne consegue, dunque, che in caso di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara può essere svolto da esecutori privi del requisito, a condizione però che esso sia posseduto **cumulativamente** dal raggruppamento.

Invero, nel caso che occupa, il G.A. di Bari ha ritenuto, attesa l'assenza di definizione di una soglia minima da parte della stazione appaltante nella *lex* di gara, nonché la mancanza di una predeterminazione normativa e/o regolamentare dei requisiti di partecipazione, illegittima l'esclusione dell'associazione temporanea di imprese.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 del 2018, proposto da:

Sedir s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Sabino Persichella in Bari, via Principe Amedeo, 197;

contro

Comune di Cerignola, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Paradiso, Giuliana Nitti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Francesco De Robertis in Bari, via Davanzati, 33;

Centrale Unica di Committenza del Tavoliere, Comune di Stornarella, Comune di Orta Nova;

nei confronti

Iti Costruzioni s.r.l.u., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Caggiano, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Prof. Avv. Paparella in Bari, via Venezia, 14;

per l'annullamento

- della Determinazione del Responsabile della Centrale Unica di Committenza del Tavoliere n. 81 del 23 novembre 2017, con cui la Stazione appaltante ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara controversa precedentemente disposta in favore della Società odierna ricorrente ed ha aggiudicato provvisoriamente la gara alla ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- della Determinazione Dirigenziale n. 1605 dell'11 dicembre 2017 con cui il Comune di Cerignola ha preso atto delle risultanze del verbale del 23 novembre 2017 disponendo l'aggiudicazione definitiva dei lavori alla ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- di tutti i verbali di gara, ivi compresi: il verbale della seduta di gara n. 4 del 17 novembre 2017

con cui la Commissione giudicatrice ha escluso la Sedir dalla procedura e disposto la revoca della proposta provvisoria di aggiudicazione dell'appalto alla stessa precedentemente disposta con verbale della seduta di gara n. 3 del 19 ottobre 2017; il verbale della seduta di gara n. 5 del 23 novembre 2017 con cui la Commissione ha proposto la provvisoria aggiudicazione della gara in favore della ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- ove occorra, della nota prot. n. 32977 dell'8 novembre 2017 con cui la Stazione appaltante ha comunicato l'avvio del procedimento di esclusione della Sedir dalla gara controversa con conseguente annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta in favore della medesima società;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cerignola e di Iti Costruzioni s.r.l.u.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità del provvedimento con il quale è stata disposta l'esclusione della società ricorrente per grave errore professionale [ex art. 80, comma 5 lett. c) del D.lgs n. 50/2016] in relazione alla procedura di affidamento dei lavori di *"miglioramento della sostenibilità ambientale e prestazioni energetiche del patrimonio edilizio settore terziario nell'Area Vasta "Capitanata 2020" a valere sull'azione 2.4.1 PO FESR Puglia 2007/12 sulla scuola elementare materna ed elementare A. Moro"*, indetta con lettera di invito dell'8 giugno 2017 dalla Centrale Unica di Committenza del Tavoliere ex art. 63 D.lgs. n. 50/2016.

1.1 Ha premesso in fatto la Sedir s.r.l. di aver partecipato alla predetta procedura negoziata e che, all'esito della valutazione delle offerte, nella seduta del 19 ottobre 2017, la Commissione di gara ha proposto la provvisoria aggiudicazione in suo favore, risultando prima classificata, con un ribasso del 23,61%.

1.2. Senonché, nella successiva seduta di gara del 17 novembre 2017, la ricorrente è stata esclusa dalla gara, essendo nelle more intervenuta l'ordinanza cautelare del G.I.P. del

Tribunale di Foggia del 25 ottobre 2017, con cui il Sig. Gerardo Biancofiore, legale rappresentante della Sedir - indagato per il reato di istigazione alla corruzione ex artt. 110 e 322 c.p, in relazione ad una procedura di project financing per la realizzazione e gestione del sesto lotto della discarica di rifiuti da realizzarsi presso l'impianto SIA (a seguito di denuncia querela presentata da Metta Francesco, Sindaco del Comune di Cerignola e Presidente del Consorzio Igiene Ambientale Foggia 4, ente proprietario di SIA) - era stato sottoposto alla misura coercitiva degli arresti domiciliari.

1.3 In particolare, la Commissione Giudicatrice ha posto a fondamento del provvedimento di esclusione impugnato il "grave errore professionale" desumibile dalle circostanze, elementi e conclusioni illustrate dal GIP con la predetta ordinanza applicativa della misura cautelare, sicché ha revocato la proposta di aggiudicazione dei lavori, che sono stati successivamente affidati alla seconda classificata, ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale, odierna controinteressata (cfr. Determinazione del Responsabile della CUC del Tavoliere n. 81 del 23 novembre 2017 e Determinazione dirigenziale del Comune di Cerignola n. 1605 dell'11 dicembre 2017).

2. A sostegno del gravame la società Sedir ha dedotto un unico articolato motivo di ricorso con cui lamenta, in estrema e doverosa sintesi, l'illegittimità della disposta esclusione dalla gara, asserendo che il codice degli appalti prevede tassative cause di esclusione dalle gare d'appalto, tra le quali non è contemplata l'adozione a carico degli organi societari di un provvedimento cautelare di applicazione di misura coercitiva della libertà personale, nemmeno parificabile a una condanna a seguito di sentenza, come previsto dall'art. 80, co. 1, del D.lgs. n. 50/2016, allo stato peraltro oggetto di revoca da parte del Tribunale del riesame.

3. Tanto premesso, la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati; la declaratoria del suo diritto all'aggiudicazione della gara e la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno in forma specifica – mediante subentro nel contratto, ove medio tempore stipulato – ovvero per equivalente.

4. Contestata la lite, si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso il Comune di Cerignola e la società controinteressata Iti Costruzioni s.r.l.u., chiedendo il rigetto della domanda attorea, difendendo l'operato della stazione appaltante e rimarcando che la misura cautelare è stata nelle more solo sostituita da altra misura, di natura interdittiva, permanendo pertanto i gravi indizi di colpevolezza a carico del Biancofiore.

5. Respinta l'istanza cautelare, acquisito il contratto medio tempore stipulato, all'udienza in Camera di Consiglio del 21 marzo 2018, sulla conclusione delle parti presenti come da verbale di udienza, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso non merita accoglimento, alla stregua delle considerazioni che seguono.

7. Infondato è l'assunto di parte ricorrente secondo cui la S.A. non avrebbe potuto escluderla dalla gara in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione e della evidente carenza dei presupposti previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, stante l'impossibilità di sussumere la fattispecie in esame tra le ipotesi escludenti tipizzate dal legislatore.

7.1 Tale convincimento si radica all'esegesi della fondamentale norma racchiusa nell'art. 80 comma 5, lett. c) del 'Codice dei contratti', che enuclea - in via esemplificativa e non tassativa - un ampio catalogo di fattispecie annoverabili nell'ambito del "grave illecito professionale", ricomprendendovi ogni condotta, comunque connessa all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa, che, per la sua gravità, risulti idonea - alla stregua di ponderata valutazione discrezionale - a porre in dubbio l'integrità morale e l'affidabilità del concorrente e, dunque, a legittimarne l'esclusione dalla gara, ritenendo la S.A. integrata in concreto la previsione astrattamente delineata dal legislatore, anche individuando ulteriori ipotesi rispetto a quelle contemplate dalla norma primaria o dalle linee guida Anac (*cf. ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119).

7.2 Come chiarito da condivisa giurisprudenza, la finalità dell'ipotesi contemplata dalla citata lettera c) è di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa nell'esercizio della sua attività professionale al fine di garantire la sussistenza o la permanenza dell'elemento fiduciario nella controparte contrattuale in vista dell'appalto da affidare; talché il giudizio demandato alla S.A. esula da finalità aventi carattere sanzionatorio restando ancorata a valutazioni di natura prettamente fiduciaria, soggette all'unico limite della manifesta illogicità, irrazionalità o errore di fatto della relativa valutazione (*ex multis* Consiglio di Stato, IV, 11 luglio 2016, n. 3070; sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; 13 luglio 2017, n. 3444, 20 febbraio 2017, n. 742, 11 aprile 2016, n. 1412, 18 giugno 2015, n. 3107, 15 giugno 2015, n. 2928, 23 marzo 2015, n. 1567, 3 dicembre 2014, n. 5973; VI, 1 settembre 2017, n. 4161).

7.3 Sotto tale profilo, dunque, l'Amministrazione ben può porre a fondamento dell'esclusione fatti astrattamente sussumibili nell'area del penalmente rilevante - ove di per sé anche suscettibili di incidere sull'affidabilità professionale dell'impresa - senza che sia a tal fine anche necessario un provvedimento di condanna definitivo: in assenza di automatismo espulsivo (diversamente connesso a condanne definitive per i reati di cui all'art. 80 comma 1 D.lgs. 50/2016), nelle ipotesi contemplate dal comma 5, lett. c), compete alla S.A. di valutare e dimostrare, con mezzi adeguati, se, in base agli elementi emersi in concreto, l'operatore economico si è reso colpevole di fatti che, oggettivamente, per la loro gravità, sono tali da determinare il superamento del punto di rottura dell'affidamento, motivando adeguatamente, in ragione di tale valutazione, l'eventuale esclusione dalla gara.

7.4 Dunque, facendo applicazione dei superiori principi al caso di specie, il comportamento contestato al Biancofiore, legale rappresentante della Sedit al momento della partecipazione alla gara *de qua*, risulta correttamente ricompreso nell'ambito del "*tentativo di influenzare indebitamente la Stazione appaltante*"; fattispecie che certamente la norma include tra i gravi illeciti professionali e che, in ragione del carattere elastico ed esemplificativo dell'elencazione, è idonea a ricomprendere anche illeciti commessi nell'ambito di precedenti procedure ad evidenza pubblica (tenuto conto che ai sensi dell'art. 80, comma 6, rileva il comportamento commissivo o omissivo dei concorrenti avuto prima o nel corso della procedura), anche se non riguardanti la medesima S.A., in quanto oggettivamente idonei ad incidere sulla valutazione di lealtà professionale rimessa, per quanto esposto, all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione.

Tale interpretazione è del resto coerente con lo scopo della norma che, si ribadisce, mira a garantire alla S.A. la possibilità di relazionarsi – in vista dell'instaurarsi di futuri rapporti contrattuali e dell'esecuzione di commesse pubbliche – solo con imprese sulla cui probità e correttezza professionale sia possibile riporre un ragionevole affidamento.

7.5 Sotto altro profilo, in merito alla contestata consistenza dell'onere probatorio richiesto alla S.A. ai fini dell'adozione del provvedimento, occorrerà tener conto dello scopo della dimostrazione, che non è finalizzata all'accertamento giudiziale dell'illecito, ma soltanto a garantire la non pretestuosità e la proporzionalità dell'esclusione dalla gara (*cf.* Cons. di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299), di talché ben può il provvedimento espulsivo fondarsi sui medesimi gravi indizi di colpevolezza posti alla base della misura cautelare coercitiva adottata dal giudice penale, rappresentando essa un "mezzo adeguato" a rendere quantomeno dubbia l'integrità e affidabilità dell'operatore economico, tenuto conto della gravità della base probatoria a carico dell'indagato (per quanto allo stato degli atti e ancora in evoluzione) necessaria ad integrare la prognosi di reità che giustifica l'adozione della misura cautelare.

Tanto emerge dal provvedimento di esclusione oggetto dell'odierno gravame, con cui, contrariamente a quanto *ex adverso* dedotto in ricorso, la S.A. ha fatto buon governo del potere discrezionale riconosciuto dalla norma in esame, filtrando autonomamente i fatti contestati al fine di valutarne la gravità e l'incidenza sul giudizio di probità dell'impresa e rinviando *per relationem* sia ai gravi indizi di colpevolezza emersi in concreto che al pericolo di reiterazione del reato, costituenti fondamento dell'ordinanza cautelare adottata dal GIP e oggetto di piena condivisione da parte dell'Amministrazione.

7.6 Né può giovare a parte ricorrente invocare l'avvenuta adozione da parte della società – costituita da soli due soci - di misure di *self cleaning*, consistenti nella cessazione dalla carica di legale rappresentante del socio attinto dalla misura cautelare e contestuale attribuzione all'altro socio, essendo questi legati da vincolo di coniugio, di talché correttamente l'Amministrazione intimata non ha ritenuto sufficiente la misura adottata, mancando la garanzia di una reale autonomia ed effettiva discontinuità rispetto alla precedente gestione.

7.7 In conclusione il ricorso è respinto.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente Sedir s.r.l. alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Cerignola e della società Iti Costruzioni s.r.l.u., complessivamente liquidandole in €. 4.000,00 (€. 2.000,00 per ciascuna parte), oltre accessori come per legge.

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

