

TAR Liguria, sezione prima, sentenza n. 421 del 9 maggio 2019

Gara d'appalto – Raggruppamenti – Ammessa la partecipazione soltanto di alcuni tipi di raggruppamento – Illegittimità – Nullità della clausola del bando ex art. 83 co. 8 del Codice

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 per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 54 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

..... S.r.l., in proprio e quale Mandataria del R.T.I. conS.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dei primi due in Genova, via

nei confronti

..... S.p.A. - non costituito in giudizio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati, elettivamente domiciliata nel loro Studio in Genova,

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

previa adozione delle pertinenti misure cautelari:

- della nota 3/1/2019, prot. n. 0000239, a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse di, inviata a mezzo p.e.c., con la quale è stata comunicata l'esclusione del r.t.i. s.r.l. –s.r.l. dalla procedura per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona – C.I.G. 77182082BB;

- della determinazione a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse di 16/1/2019, n. 12 (pubblicata sul sito internet www.arpal.gov.it in data 16/1/2019), con la quale sono stati affidati a s.p.a. i lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona;

- del chiarimento a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse inviato con nota 17/12/2018, prot. n. 037177;

- di ogni ulteriore atto antecedente, presupposto, successivo e/o comunque connesso, ivi compresi i verbali di gara (non conosciuti) e le subautorizzazioni 11/1/2019, n. 3051/2018 e n. 3052/2018, pubblicate sul sito internet www.arpal.gov.it in data 16/1/2019;

nonché, ove occorra e nei limiti di quanto infra specificato, per l'annullamento e/o per l'accertamento e la declaratoria di nullità, anche ai sensi dell'art. 31, comma 4, c.p.a. e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

- dell'invito alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona di cui alla nota 5/12/2018, prot. n. 0036046;

- di ogni ulteriore atto antecedente, presupposto, successivo e/o comunque connesso,

e per l'accertamento e la declaratoria della nullità, dell'invalidità e dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e del diritto del r.t.i. s.r.l. –s.r.l. di subentrare nell'esecuzione del contratto stesso.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da S.R.L. il 25.2.2019:

per l'annullamento:

- della nota 3/1/2019, prot. n. 0000239, a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse di, inviata a mezzo p.e.c., con la quale è stata comunicata l'esclusione del r.t.i. s.r.l. –s.r.l. dalla procedura per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona – C.I.G. 77182082BB;

- della determinazione a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse di 16/1/2019, n. 12 (pubblicata sul sito internet www.arpal.gov.it in data 16/1/2019), con la quale sono stati affidati a s.p.a. i lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona;

- del chiarimento a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse inviato con nota 17/12/2018, prot. n. 037177;

- di ogni ulteriore atto antecedente, presupposto, successivo e/o comunque connesso, ivi compresi i verbali di gara delle sedute del 20/12 e del 21/12/2018 e le subautorizzazioni 11/1/2019, n. 3051/2018 e n. 3052/2018, pubblicate sul sito internet www.arpal.gov.it in data 16/1/2019; nonché, ove occorra e nei limiti di quanto infra specificato, per l'annullamento e/o per l'accertamento e la declaratoria di nullità, anche ai sensi dell'art. 31, comma 4, c.p.a. e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016:

- dell'invito alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona di cui alla nota 5/12/2018, prot. n. 0036046;

- di ogni ulteriore atto antecedente, presupposto, successivo e/o comunque connesso,

e per l'accertamento e la declaratoria della nullità, dell'invalidità e dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e del diritto del r.t.i. s.r.l. –s.r.l. di subentrare nell'esecuzione del contratto stesso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.p.A. e di

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2019 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con nota a mezzo p.e.c. 5/12/2018, prot. n. 0036046, – (di seguito,) invitava la società s.r.l. (d'ora in poi) ad una procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per i lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona, con importo a base di gara pari a euro 900.000,00.

Nell'invito era stabilito che le categorie di lavoro previste nell'appalto fossero le seguenti:

- 1) categoria prevalente OG11 (impianti tecnologici) cl II per l'importo di Euro 480.343,53;
- 2) categoria scorporabile e subappaltabile per intero OG1 (edifici civili e industriali) cl II per Euro 413.002,35.

L'invito prevedeva altresì espressamente: <<NB: è ammesso solamente il raggruppamento di tipo verticale>>.

....., quindi, essendo in possesso della classe richiesta per la categoria scorporabile OG1 e soltanto in parte per la prevalente OG11 (nella quale possedeva la qualificazione per la classe I), intendendo presentare offerta in raggruppamento temporaneo di impresa – di tipo misto – con la societàs.r.l., qualificata per la OG11 in classe III, formulava un quesito ad, chiedendo di specificare se

fosse ammessa la partecipazione in raggruppamento di tipo misto ai sensi dell'art. 48, comma 6, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016, mediante composizione orizzontale soltanto sulla prevalente OG11.

....., con nota 17/12/2018, prot. n. 037177, ribadiva che era "ammesso solamente il raggruppamento di tipo verticale".

....., quindi, presentava offerta in raggruppamento temporaneo di tipo misto concosì precisata: la mandataria avrebbe svolto la maggior parte (52,98%) delle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente OG11 e tutte le lavorazioni per la scorporabile OG1, mentre la mandanteavrebbe eseguito la restante minor parte delle lavorazioni afferenti alla categoria prevalente (per una quota del 47,02%).

Il r.t.i. partecipava alla gara e, all'esito dell'apertura delle offerte economiche, risultava primo classificato, con un ribasso pari al 33,55%.

Con nota 3/1/2019, prot. n. 0000293, comunicava al r.t.i. l'esclusione dalla gara, affermando che la capogruppo mandataria non era in possesso dei requisiti per la categoria prevalente e che, comunque, la stessa Agenzia, con propria nota 17/12/2018, prot. n. 37188 (*recte*: 37177), aveva esplicitamente precisato che era ammesso solamente il raggruppamento di tipo verticale.

Con atto di diffida e contestuale istanza di accesso in data 9/1/2019 contestava la legittimità della disposta esclusione, chiedendo di essere riammessa e di vedersi aggiudicato l'appalto; al contempo, l'odierna ricorrente chiedeva di accedere alla documentazione integrale della gara.

Con successiva determinazione datata 16/1/2019, n. 12, disponeva l'aggiudicazione della gara in favore della seconda graduata s.p.a. (d'ora in poi), la quale offriva un ribasso percentuale pari al 24,32%.

Con ricorso depositato in data 25.1.2019 impugnava, chiedendone l'annullamento, i seguenti atti:

- la nota 3/1/2019, prot. n. 0000239, con la quale era stata comunicata l'esclusione del r.t.i. s.r.l. /s.r.l. dalla procedura;
- la determinazione datata 16/1/2019, n. 12 (pubblicata sul sito internet www.....gov.it in data 16/1/2019), con la quale erano stati affidati a i lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona;
- il chiarimento a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse inviato con nota 17/12/2018, prot. n. 037177;
- ogni ulteriore atto antecedente, presupposto, successivo e/o comunque connesso, ivi compresi i verbali di gara (non conosciuti) e le subautorizzazioni 11/1/2019, n. 3051/2018 e n. 3052/2018, pubblicate sul sito internet www.....gov.it in data 16/1/2019;

Inoltre,, ove occorresse e nei limiti di quanto dedotto, chiedeva l'annullamento o l'accertamento e la declaratoria di nullità, anche ai sensi dell'art. 31, comma 4, c.p.a. e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 dell'invito alla procedura negoziata per la quale era causa di cui alla nota 5/12/2018, prot. n. 0036046, nonché di ogni ulteriore atto antecedente, presupposto, successivo e/o comunque connesso.

Ancora, insisteva per l'accertamento e la declaratoria della nullità, dell'invalidità e dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e del diritto del r.t.i. s.r.l. –s.r.l. di subentrare nell'esecuzione del contratto stesso.

A fondamento del ricorso, quindi, deduceva i seguenti motivi:

1) violazione artt. 4, 30, 36, 48, e 83, d.lgs. n. 50/2016; violazione Regolamento regionale 5/4/2012, n. 2; violazione art. 19, direttiva n. 2014/24/UE; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia grave e manifesta; travisamento dei fatti; contraddittorietà; illogicità; perplessità: secondo parte ricorrente, il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo, e frutto di un'istruttoria carente e travisata, in

quanto, da un lato, le imprese raggruppate (..... e Crocco) possedevano interamente le qualificazioni richieste dall'invito ed il previsto riparto delle lavorazioni sarebbe pienamente conforme alla disciplina dei raggruppamenti temporanei di cui all'art. 48, d.lgs. n. 50/2016 e di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50; dall'altro lato, il divieto di partecipazione mediante raggruppamenti di tipo misto e orizzontale, sarebbe non previsto ed in contrasto con la normativa europea, nazionale e/o regionale, con particolare riferimento all'art. 48, d.lgs. n. 50/2016 – in attuazione di quanto stabilito dalla direttiva UE n. 24/2014 - recante principi applicabili anche agli appalti sotto soglia (artt. 30-36 d.lgs 50/16), nonché al principio della libera concorrenza e di non discriminazione, determinando una asseritamente incomprensibile, illogica e immotivata compressione di un istituto con finalità pro-concorrenziali (secondo la normativa europea, statale e financo regionale (v. art. 2, Regolamento regionale 5/4/2012, n. 2) ed impedendo ad, invitata dalla stessa, di partecipare non potendo associare – sulla categoria prevalente (della quale è parzialmente carente) – altra impresa; inoltre secondo la ricorrente l'esclusione sarebbe in radicale contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, con conseguente nullità della stessa disposizione della “*lex specialis*”;

2) violazione artt. 4, 30, 36, 48, e 83, d.lgs. n. 50/2016; violazione Regolamento regionale 5/4/2012, n. 2; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia grave e manifesta; travisamento dei fatti; contraddittorietà; illogicità; perplessità: secondo parte ricorrente, i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi per asserita manifesta irragionevolezza e contraddittorietà in quanto era stata invitata alla procedura negoziata dalla stessa sicchè quest'ultima sarebbe stata perfettamente a conoscenza del fatto che la ricorrente non possedeva la classifica richiesta per la categoria prevalente tanto che la partecipazione non poteva che avvenire tramite raggruppamento misto; inoltre, l'estromissione si porrebbe in contrasto con l'art. 48, comma 11, d.lgs. n. 50/2016, il quale consente, nel caso di

procedure negoziate, che l'operatore economico invitato individualmente presenti offerta "quale mandatario di operatori riuniti", disposizione espressamente richiamata a pag. 1 dell'invito.

3) violazione artt. 4, 30, 36, 48, e 83, d.lgs. n. 50/2016; violazione Regolamento regionale 5/4/2012, n. 2; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia grave e manifesta; travisamento dei fatti; contraddittorietà; illogicità; perplessità: secondo parte ricorrente, delle imprese invitate alla procedura negoziata, aveva presentato offerta, oltre alla ricorrente, soltanto s.r.l. e s.p.a., ma essendo priva di qualifica per la categoria OG11 (avendola soltanto per la OG1 e la OG2), tanto da presentare offerta in raggruppamento temporaneo con altro soggetto, una sola tra le concorrenti (ossia,) risultava individualmente in possesso della qualificazione richiesta e avrebbe, quindi, potuto presentare offerta senza dover necessariamente costituire un r.t.i. di tipo orizzontale o misto; in tal senso, quindi, l'esclusione della possibilità di costituire r.t.i. di tipo orizzontale o misto avrebbe determinato un'artificiosa limitazione della concorrenza a favore di un unico operatore, in violazione dell'art. art. 30, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, nonché dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità che informano le procedure di gara;

4) violazione artt. 4, 30, 36, 48, e 83, d.lgs. n. 50/2016; violazione Regolamento regionale 5/4/2012, n. 2; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia grave e manifesta; travisamento dei fatti; contraddittorietà; illogicità; perplessità; sviamento di potere: secondo parte ricorrente, il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo in quanto adottato successivamente all'apertura delle offerte economiche, allorché era già noto che il r.t.i. avesse formulato la migliore offerta nonostante fosse a conoscenza delle categorie e classifiche di qualificazione possedute da e nonostante avesse ammesso il r.t.i. all'esito dell'esame

della domanda di partecipazione presentata dal medesimo raggruppamento, nella quale veniva indicato con chiarezza il riparto delle lavorazioni tra le due raggruppate; 5) illegittimità in via derivata; violazione artt. 4, 30, 36, 48, e 83, d.lgs. n. 50/2016; violazione Regolamento regionale 5/4/2012, n. 2; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia grave e manifesta; travisamento dei fatti; contraddittorietà; illogicità, perplessità; sviamento di potere: secondo parte ricorrente i medesimi profili di illegittimità di cui ai motivi che precedono, invaliderebbero anche la determinazione 16/1/2019, n. 12, con la quale erano stati affidati a i lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona.

Si costituiva in giudizio contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Si costituiva, altresì, la società controinteressata contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ricorso depositato in data 25.2.2019 proponeva motivi aggiunti specificando ulteriori ragioni di illegittimità relativi ai verbali impugnati con il ricorso introduttivo, deducendo:

6) violazione artt. 4, 30, 36, 48, e 83, d.lgs. n. 50/2016; violazione Regolamento regionale 5/4/2012, n. 2; violazione art. 19, direttiva n. 2014/24/UE; difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia grave e manifesta; travisamento dei fatti; contraddittorietà; illogicità; perplessità: secondo parte ricorrente, le risultanze dei verbali delle sedute della Commissione del 20/12 e del 21/12/2018 e, in particolare, le motivazioni poste a fondamento dell'esclusione del r.t.i. (di cui al verbale 21/12/2018), recepite e trasposte da nella nota 3/1/2019, prot. n. 0000239, con la quale era stata comunicata l'esclusione del r.t.i. ricorrente, sarebbero viziate per i medesimi motivi già dedotti con il ricorso introduttivo (nn. da 1 a 4 che precedono).

Le parti costituite depositavano memorie difensive.

All'udienza del 10.4.2019 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare: in ordine all'eccezione di irricevibilità sollevata da e da

Parte resistente e controinteressata hanno eccepito la tardività del ricorso avendo notificato lo stesso in data 16.1.2019, trascorsi 30 giorni dalla comunicazione della lettera di invito, avvenuta in data 5.12.2018; più precisamente, poiché il ricorso è fondato sulla contestazione della clausola che ammette la sola partecipazione dei raggruppamenti c.d. verticali, trattandosi di clausola “immediatamente lesiva”, la lettera di invito avrebbe dovuto essere impugnata entro 30 giorni (termine ex art. 120 c.p.a.) a decorrere dalla data di comunicazione della predetta lettera.

A questo proposito, parte ricorrente ha, fin dal ricorso, specificato di agire non solo deducendo il vizio di annullabilità della lettera di invito, ma, anche e ancor prima, contestando la nullità della clausola in esame; in particolare, secondo detta limitazione si porrebbe in contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto violativa del principio di tassatività delle cause di esclusione.

E' indubbia la natura immediatamente lesiva, in quanto escludente, della clausola con la quale la Stazione Appaltante, nell'invito a partecipare alla gara, ha previsto specificamente che <<NB. è ammesso solamente il raggruppamento di tipo verticale>>.

Al riguardo, a fronte di un'ipotesi di clausola “immediatamente escludente”, ne consegue, in via generale - e salva l'ipotesi di nullità di cui si dirà - l'onere di tempestiva impugnazione dell'invito a partecipare entro il termine decadenziale (in ordine all'impugnazione di clausole di bando immediatamente lesive in quanto escludenti, si vedano, C. Stato, A.P. 29/01/2003, n.1 e 30/07/2008, n.4).

Nel caso di specie, la clausola in contestazione è tale da inibire di fatto la proficua partecipazione alle imprese non associate in raggruppamenti diversi da quello

verticale, con pressochè certa non ammissione o comunque esclusione successiva dalla gara.

Peraltro, occorre sottolineare come, al contrario di quanto argomentato da parte ricorrente, la clausola in contestazione non recasse alcun dubbio interpretativo, atteso che il tenore testuale della stessa era tale per cui doveva considerarsi ammesso “solamente” il raggruppamento di tipo verticale, con esclusione di qualsiasi altra forma di raggruppamento, anche misto.

Occorre valutare, quindi, se e in quale misura la Stazione Appaltante, nel definire i requisiti di partecipazione delle imprese al procedimento, possa limitare l’accesso mediante raggruppamenti e accertare, in caso di risposta negativa, o parzialmente negativa, quale sia il vizio conseguente.

E’ vero, infatti, che, come ricordato da e nelle memorie difensive, anche la giurisprudenza amministrativa ha precisato e sottolineato (si veda *ex plurimis*, C. Stato, ad. plen., 25/02/2014, n. 9) che le restrizioni “soggettive” alla partecipazione alle gare apposte dalle Stazioni appaltanti possono essere di due tipi: la c.d. “causa di esclusione” vera e propria, laddove vengano imposti dei comportamenti, dei prerequisiti o delle attività specificamente a pena di esclusione; i requisiti di partecipazione, ovvero la richiesta, in capo alle imprese partecipanti del possesso di determinate caratteristiche e qualità morali, professionali, tecniche e/o finanziarie strumentali e funzionali per la corretta esecuzione del contratto pubblico. Al riguardo, mentre per le clausole di esclusione vige il principio di “tassatività” di cui all’art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016, per i c.d. requisiti di partecipazione il limite per la P.A. è dato dal confine della discrezionalità assegnata dal legislatore alle scelte della Stazione Appaltante, col che è necessario esaminare in che modo il primo ha conformato il potere della seconda.

Occorre, quindi, esaminare, nel caso di specie, la normativa specifica dettata in tema di “raggruppamenti”.

Sul punto, l'art. 45, d.lgs. 50 del 2016 dispone che “sono ammessi” a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'art. 3, comma 1, lettera p) nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice.

Rientrano nella definizione di “operatori economici” i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a (gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative), b (i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro... e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443) e c (i consorzi stabili...), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti.

L'art. 48, d.lgs. n. 50/2016, poi, distingue tre tipi di raggruppamento che, nel caso di “lavori”, possono partecipare alle gare:

- 1) raggruppamento temporaneo di tipo verticale: quale riunione di operatori economici nell'ambito della quale, in caso di lavori scorporabili (definiti all'articolo 3, comma 1, lettera oo-ter, assumibili da uno dei mandanti), uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente;
- 2) raggruppamento di tipo orizzontale: quale riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

3) raggruppamento misto, quando i lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate sono assunti da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

Il comma 3 precisa che, nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei “sono ammessi” se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento hanno i requisiti di cui all’art. 84, d.lgs. n. 50 del 2016.

In particolare, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all’articolo 84, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l’importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo.

L’interpretazione letterale delle due norme, in questo senso, suggerisce il “diritto” delle imprese a prendere parte alla gara senza che la Stazione Appaltante possa imporre limiti diversi da quelli che, indirettamente, derivano dalla descrizione dell’oggetto della gara stessa.

A conferma di quanto sopra, sempre sotto il profilo testuale, l’art. 45, comma 3, stabilisce che le stazioni appaltanti “possono imporre” ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l’aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto.

Similmente i commi 4 e 5 precisano che le stazioni appaltanti “possono” <<imporre alle persone giuridiche di indicare, nell’offerta o nella domanda di partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e di lavori, nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione e di concessioni, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione relativa allo specifico contratto>>; oppure che le stazioni appaltanti

“possono” <<richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive>>.

Come si può notare, il legislatore con le norme sopra indicate ha attribuito alla Stazione appaltante uno specifico potere discrezionale che, d'altronde, non comprende la possibilità di escludere il modulo partecipativo del raggruppamento o anche solo limitarlo nei suoi connotati essenziali.

Questo perché la ratio del R.T.I. è quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti, consentendo ai soggetti privi dei requisiti necessari di partecipare singolarmente alla procedura competitiva oppure di accedervi in associazione con altri operatori economici, anche al fine di acquisire esperienze ed elementi curriculari da poter spendere in successivi affidamenti; non avrebbe, quindi, senso limitare la partecipazione alle sole ATI i cui membri siano già in possesso singolarmente dei requisiti di capacità economica di accesso; una clausola di tal guisa sarebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (così, T.A.R. Campania, sez. IV, 28/08/2018, n. 5292). Le disposizioni di cui sopra trovano un riferimento nell'art. 19 direttiva UE 2014/24/UE, ai sensi del quale <<gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto di cui trattasi. I raggruppamenti di operatori

economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione. Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici; in deroga al paragrafo 2, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre ai gruppi di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica una volta che sia stato loro aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto>>.

Anche la normativa europea di riferimento, quindi, non prevede specificamente un potere discrezionale "limitativo" in capo alla Pubblica Amministrazione, e attribuisce alle imprese un diritto di partecipare al procedimento che non può essere compresso se non, in via meramente indiretta, in conseguenza delle oggettive caratteristiche della gara.

In questo senso, quindi, l'interpretazione letterale delle norme trova piena conferma in quella di tipo teleologico e sistematico.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed

economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante (T.A.R. Lombardia, sez. IV, 11/12/2012 , n. 3006).

In questo senso, quindi, la disciplina in esame è diretta a garantire alle imprese un ampio margine di libertà di organizzazione dei fattori produttivi, con effetti strutturalmente pro-concorrenziali, nonché di garanzia dell'imparzialità, della par condicio, di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità.

Si tratta, quindi, di un istituto “centrale” per la tutela della libera concorrenza e per l'applicazione del principio di “massima partecipazione”.

Questo consente, certamente, di far rientrare la disciplina dei “raggruppamenti” tra quelle che, ai sensi dell'art. 36, d.lgs. 50 del 2016, sono applicabili anche ai contratti c.d. “sotto soglia”, come quello oggetto di causa.

Tale ultima disposizione, infatti, prevede che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Sotto altro profilo, la centralità dell'istituto e disciplina in questione ai fini della tutela della concorrenza e della massima partecipazione delle imprese alle gare impone una conforme interpretazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 50 del 2016.

Si è detto che «i raggruppamenti temporanei di imprese - i quali costituiscono un istituto di matrice comunitaria - tendono ad estendere la partecipazione alle gare anche ad imprese che, singolarmente, non sarebbero in grado di sostenere l'onere dell'appalto e, dunque, ad ampliare la dinamica concorrenziale, consentendo la coalizione di imprese di minori dimensioni per favorirne la crescita e l'ingresso su mercati più estesi. Nel contempo, consentono di realizzare lo scopo di assicurare attraverso il concorso degli apporti di più imprese, il buon andamento del risultato finale dei lavori e dei servizi appaltati, i quali, altrimenti, potrebbero essere

compromessi dall'inadeguatezza dei mezzi tecnici e finanziari propri di ciascuna singola impresa. L'unico limite nell'utilizzo di tale forma di aggregazione va riscontrato nell'esigenza di non trasformare la riunione di imprese in uno strumento elusivo delle regole impositive di un livello minimo di capacità per la partecipazione agli appalti, il quale - di regola - deve essere fissato nel bando>> (T.A.R. Lazio, sez. I, 16/07/2010, n. 26337).

In conseguenza di quanto sopra è stato sottolineato che <<l'esclusione dalla partecipazione alla gara mediante raggruppamenti di imprese di tipo verticale non è conforme al disposto dell' art. 48 comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 , che prevede espressamente per appalti di servizi e forniture la possibilità di concorrere attraverso raggruppamenti di tipo verticale (da intendersi come raggruppamenti di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie) e raggruppamenti di tipo orizzontale (quelli in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione). Pertanto, il divieto di partecipazione alla gara per i raggruppamenti di imprese di tipo verticale, discendente inevitabilmente dalla mancata individuazione della prestazione prevalente rispetto a quelle accessorie, determina una ingiustificata limitazione delle possibilità di partecipazione alla procedura di gara, inficiando gli atti impugnati per eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento>> (T.A.R. Puglia, sez. II, 13/08/2018, n. 1196).

Orbene, occorre sottolineare ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 le stazioni appaltanti <<indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche

e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite>>.

Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), poi, (compresi quindi, i raggruppamenti) <<nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria>>.

Come si può notare anche le predette disposizioni non consentono alla Stazione appaltante di intervenire mediante “limitazioni” del modulo partecipativo “raggruppamenti” in quanto tale, ma solo dettando dei requisiti di partecipazione relativi alle imprese che lo utilizzano.

Infine, il comma 8 dispone che <<i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle>>.

Al riguardo, tale norma è strutturata nel senso che, fermo restando il potere attribuito, nei limiti indicati comma 8 medesimo, alla Stazione appaltante per definire i requisiti di partecipazione delle imprese in gara, le eventuali disposizioni limitative “escludenti” non espressamente previste dal legislatore sono da considerare “nulle”. Ciò, evidentemente, a tutela, tra l'altro, del principio di concorrenza e di massima partecipazione.

Poiché si è detto che la disciplina relativa ai “raggruppamenti” è sostanzialmente non comprimibile mediante una disposizione “diretta” da parte della Stazione appaltante (come quella oggetto del presente giudizio), deve ritenersi che una previsione contenuta nella normativa di gara violativa di tale regola, determinando, in ultima istanza, l'esclusione delle imprese interessate dalla procedura, sia nulla per contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Ciò tanto più se si considera che è lo stesso art. 83 comma 8, come sopra visto, a richiamare l'art. 45, d.lgs. n. 50 del 2016, circoscrivendo il potere della Stazione appaltante di definire i requisiti di partecipazione delle imprese in caso di raggruppamento.

La stretta strumentalità della previsione di nullità, contenuta nel comma 8 dell'art. 83, a tutela del principio di concorrenza e massima partecipazione, comporta inevitabilmente l'applicabilità di tale disposizione anche ai contratti sotto soglia in forza del richiamo al predetto principio operato dall'art. 36, d.lgs. n. 50 del 2016.

Applicando quanto sin qui detto alla fattispecie che ci occupa, è evidente che la limitazione contenuta nella lettera di invito secondo la quale erano ammessi solo i raggruppamenti c.d. "verticali" e non i raggruppamenti "misti", deve ritenersi nulla per violazione del combinato disposto degli artt. 36, 45, 48 e 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

A fronte della nullità della lettera di invito, quindi, il ricorso introduttivo del presente giudizio risulta tempestivo in quanto notificato entro il termine di 180 giorni previsto dall'art. 31, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

Al riguardo, non è fondata la tesi di parte resistente secondo la quale il termine predetto non troverebbe applicazione con riguardo alle procedure ex art. 120 cpa. Infatti, la norma in esame ha applicazione generale e ciò in considerazione della gravità e radicalità del vizio, specie con riguardo ai casi, come quello in esame, in cui il vizio è contenuto negli atti introduttivi del procedimento amministrativo.

Del resto, la soluzione predetta si giustifica tenendo conto, altresì, che l'art. 31, comma 4, cpa prevede il potere del Giudice di rilevare d'ufficio la nullità, il che risulterebbe incompatibile con lo stretto termine di decadenza di 30 giorni ex art. 120 cpa.

1.1. Parte resistente ha eccepito, con riferimento all'azione di nullità esperita da parte ricorrente, il difetto di giurisdizione dell'intestato TAR.

L'eccezione è infondata.

Infatti, nel caso di specie, non viene in esame il problema del riparto di giurisdizione con riguardo alle fattispecie di cui all'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, in quanto la previsione dell'art. 83 comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 contempla un'ipotesi di nullità testuale che, però, si inserisce nell'ambito del procedimento di gara pubblica, con conseguente applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e), cpa ai sensi del quale sono devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori.

Il fatto che la disposizione normativa di cui sopra non contenga un esplicito riferimento anche alle azioni di nullità non esclude la giurisdizione del Giudice amministrativo.

Infatti, la norma ha portata evidentemente onnicomprensiva includente tutte le ipotesi di illegittimità degli atti e provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici e la previsione della giurisdizione esclusiva fa venir meno ogni problema in ordine alla natura, di diritto soggettivo o interesse legittimo, della posizione fatta valere dal soggetto deducente la nullità della clausola, atteso che non può certamente essere revocato in dubbio come la fattispecie sia connotata, in ogni caso, dall'esercizio di potere autoritativo ex art. 7 cpa.

Pertanto sussiste la giurisdizione del TAR adito.

2. Nel merito.

Al riguardo, alla luce di quanto sopra esposto nel par. 1 che precede deve ritenersi accertata la nullità della previsione della lettera di invito secondo la quale: <<NB: è ammesso solamente il raggruppamento di tipo verticale>>.

Conseguentemente, avrebbero dovuto trovare applicazione gli artt. 45 e 48 d.lgs. n. 50 del 2016: il mancato rispetto da parte della Stazione appaltante dei provvedimenti *de quibus* comporta l'annullamento dei successivi atti e provvedimenti adottati dalla stessa lesivi della posizione giuridica della società ricorrente, esclusa

illegittimamente, come detto, per avere partecipato mediante un raggruppamento di tipo misto, e più precisamente:

- il chiarimento inviato con nota 17/12/2018, prot. n. 037177;
- il provvedimento di cui alla nota 3/1/2019, prot. n. 0000239, a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse di, inviata a mezzo p.e.c., con la quale è stata comunicata l'esclusione del r.t.i. s.r.l. –s.r.l. dalla procedura per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona – C.I.G. 77182082BB;
- il verbale di gara del 21/12/2018 e le subautorizzazioni 11/1/2019, n. 3051/2018 e n. 3052/2018;

Gli altri motivi di ricorso devono ritenersi assorbiti, stante la natura pregiudiziale della questione di nullità affrontata.

Non essendo noto se il contratto sia stato stipulato tra e, è possibile dichiarare esclusivamente che l'eventuale accordo *medio tempore* stipulato deve ritenersi inefficace.

3. Attesa la particolarità della controversia e la novità della questione in diritto le spese di lite devono essere integralmente compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e per le ragioni sopra indicate e, per l'effetto:

1) dichiara la nullità della clausola contenuta nell'invito alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona, di cui alla nota 5/12/2018, prot. n. 0036046, recante <<NB: è ammesso solamente il raggruppamento di tipo verticale>>;

2) annulla:

- la nota 3/1/2019, prot. n. 0000239, a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse di, inviata a mezzo p.e.c., con la quale è stata comunicata l'esclusione del r.t.i. s.r.l. –s.r.l. dalla procedura per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona – C.I.G. 77182082BB;

- la determinazione a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse di 16/1/2019, n. 12 (pubblicata sul sito internet www.....gov.it in data 16/1/2019), con la quale sono stati affidati a s.p.a. i lavori di realizzazione della nuova sede dipartimentale di Savona;

- il chiarimento a firma del Dirigente Responsabile U.O. Acquisizioni e Gestione Risorse inviato con nota 17/12/2018, prot. n. 037177;

- il verbale di gara della seduta del 21/12/2018 e le subautorizzazioni 11/1/2019, n. 3051/2018 e n. 3052/2018, pubblicate sul sito internet www.....gov.it in data 16/1/2019;

3) Compensa integralmente le spese di lite tra le parti costituite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019

L'ESTENSORE
Paolo Nasini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO