

Tar Campania, sezione prima, sentenza n. 4845 del 24 ottobre 2016

Dimostrazione dei requisiti di partecipazione – Regime di favore per le Società di nuova costituzione ex art. 46 co. 2 del D.lgs. 50/2016 – Interpretazione estensiva della norma – Cumulo dei requisiti senza distinguere tra società di persone e società di capitali

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1734 del 2016, proposto da:
Valori s.c. a r.l. Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso l'avv.
....., in Napoli, via

contro

Comune di Napoli, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati
....., domiciliato presso l'Avvocatura Municipale, in Napoli, piazza Municipio,
palazzo S. Giacomo;

nei confronti di

Consorzio Stabile Research s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso in
Napoli,

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione prot. n. 2016 0193295 del 4 marzo 2016 dalla
procedura aperta indetta dal Comune di Napoli per l'affidamento della progettazione
esecutiva, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ed esecuzione

dei lavori di realizzazione di sistemi di videosorveglianza e adeguamento della caserma dei Vigili del Fuoco;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e del Consorzio Stabile Research s.c. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2016 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Viene in decisione il ricorso avverso il provvedimento indicato in epigrafe adottato dalla commissione di gara nella seduta pubblica del 3 marzo 2016 con cui è stata disposta l'esclusione dell'associazione temporanea di imprese (di seguito a.t.i.) Valori s.c. a r.l. – La Rocca soc. coop. dalla procedura indetta dal Comune di Napoli per l'affidamento della progettazione esecutiva, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ed esecuzione dei lavori di realizzazione di sistemi di videosorveglianza e adeguamento della caserma dei Vigili del Fuoco.

Alla selezione concorsuale hanno preso parte l'a.t.i. Valori ed il Consorzio Stabile Research s.c. a r.l., odierno controinteressato.

Giova premettere che l'a.t.i. ricorrente ha partecipato alla gara designando per l'attività di progettazione il raggruppamento temporaneo di professionisti (di seguito r.t.p.) formato dalla società di capitali Groma s.r.l. (mandataria) costituita nel 2014, dall'ing. Raffaele Marra e Geo Meet studio tecnico di geologia (mandanti).

L'a.t.i. Valori è stata esclusa per non aver comprovato il possesso dei seguenti requisiti speciali per la progettazione di cui all'art. 263 del D.P.R. n. 207/2010 ed indicati al paragrafo IX, punto B.2, lett. a) e d) del disciplinare di gara:

- fatturato globale per servizi di cui all'art. 252 del D.P.R. n. 207/2010 espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, per un importo di euro 353.160,48;

- numero medio annuo del personale tecnico utilizzato nel triennio (comprendente i soci attivi) pari ad almeno dodici unità.

Nello specifico, è accaduto che la Groma s.r.l., mandataria del r.t.p. designato per la progettazione, ha dichiarato di essere in possesso dei requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi previsti dal disciplinare di gara attraverso i requisiti dei propri soci mentre, al contrario, la commissione ha ritenuto che – trattandosi di società di capitali e non di persone – detti requisiti non potessero essere conferiti dai soci, ma solo dai direttori tecnici e dai professionisti dipendenti con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa ai sensi dell'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 (*"...ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti ivi previsti, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali"*).

La società ricorrente contesta la legittimità dell'avversato atto di esclusione per violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 163/2006, del D.P.R. n. 207/2010, violazione della legge di gara, difetto dei presupposti di fatto e di diritto,

irragionevolezza, disparità di trattamento, difetto di proporzionalità, illogicità ed ingiustizia manifesta, violazione del *favor participationis*, difetto di istruttoria.

In sintesi, parte ricorrente assume che: I) per integrare detti requisiti di partecipazione, ai sensi dell'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006, anche le società di capitali potrebbero avvalersi degli apporti dei soci, non diversamente da quanto previsto per le società di persone; II) detti requisiti sarebbero comunque posseduti dal raggruppamento nel suo complesso, mediante l'apporto dei mandanti ing. Raffaele Marra e Geo Meet studio tecnico di geologia; III) l'azione amministrativa sarebbe inficiata dalla omessa attivazione del potere di soccorso istruttorio ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Napoli ed il Consorzio Stabile Research s.c. a r.l. che replicano analiticamente alle censure di parte ricorrente chiedendo il rigetto del gravame.

Il T.A.R. ha accolto la domanda cautelare con ordinanza n. 692 del 5 maggio 2016. All'udienza pubblica del 28 settembre 2016 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

La questione centrale da esaminare riguarda l'interpretazione dell'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 secondo cui, ai fini della partecipazione a procedure di gara di progettazione, *"...le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali"*.

Secondo l'interpretazione fatta propria dall'amministrazione appaltante e sottesa al gravato atto di esclusione, dei requisiti dei soci potrebbero beneficiare esclusivamente le neocostituite società di persone, a differenza delle società di capitali che, di contro, potrebbero spendere solo i requisiti dei direttori tecnici e dei propri professionisti dipendenti.

Viceversa, la società ricorrente propone una interpretazione estensiva della disposizione e ritiene che anche le società di capitali possano cumulare i requisiti dei propri soci attivi, oltre a quelli dei direttori e tecnici e dei propri collaboratori.

La tesi proposta dalla parte istante si lascia preferire alla luce della formulazione letterale e sistematica delle norme in materia di requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi delle imprese (cfr. art. 263, lett. 'd' del D.P.R. n. 207/2010), nonché della *ratio* della citata disposizione legislativa.

Sotto il primo profilo, nel disciplinare i requisiti speciali di partecipazione in relazione alle diverse tipologie di società (di persone e di capitali), l'art. 253 utilizza la congiunzione "e" (*"le società ... possono documentare il possesso dei requisiti ...anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti qualora costituite nella forma di società di capitali"*) per evidenziare che i requisiti possono essere documentati, in entrambi i casi, mediante gli apporti dei soci precisando che, solo in caso di società di capitali, queste ultime possono beneficiare anche dei requisiti dei direttori tecnici e dei professionisti dipendenti.

Inoltre, l'ermeneutica sostenuta nel ricorso appare coerente con il disposto dell'art. 263, primo comma lett. d) del D.P.R. n. 207/2010 - concernente il requisito dell'organico medio nel triennio - secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo, per l'appunto, al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni comprendente *"i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali..."*: per quanto rileva

nel presente giudizio, il senso della disposizione è palese poiché considera i soci come soggetti da considerare ai fini della dimostrazione dei requisiti speciali non solo per le società di persone ma anche per quelle di capitali.

Quanto alla *ratio* della norma, l'ermeneutica di parte ricorrente appare coerente con i principi di libera concorrenza e del *favor participationis* in tema di pubbliche gare d'appalto. Difatti, la disposizione mira evidentemente a risolvere il problema dell'accesso alle gare per le società di progettazione appena costituite che non possiedono un proprio fatturato per servizi tecnici (che costituisce uno degli elementi di valutazione dei progettisti) e, pertanto, possono cumulare i requisiti posseduti dai propri soci o, nel caso di società di capitali, anche del personale indicato nell'art. 253.

Si tratta, dunque, di una norma diretta ad attribuire un particolare regime di favore per le neocostituite società di progettazione la cui portata, tuttavia, risulterebbe svilita accedendo all'interpretazione riduttiva avallata dalla stazione appaltante.

Difatti, a voler ritenere computabili i requisiti dei soci nel solo caso di società di persone e non anche di quelle di capitali, si darebbe luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento tra quelle società di capitali costituite da più di tre anni - le quali potrebbero avvalersi dei propri soci per comprovare il requisito speciale di cui all'art. 263, primo comma, lett. 'd' del D.P.R. n. 207/2010 - e quelle costituite da meno di tre anni, ai quali tale facoltà verrebbe ad essere inspiegabilmente preclusa in base all'interpretazione restrittiva dell'art. 253 del D.Lgs. n. 163/2006 avversata dalla parte ricorrente.

Se è vero, come si è sottolineato, che la disposizione persegue il *favor* per le società di progettazione di nuova costituzione, appare maggiormente conforme a tale *ratio* una interpretazione che consenta anche alle neocostituite società di capitali di poter beneficiare dei requisiti dei propri soci, come avviene pacificamente per le società costituite da più di tre anni.

Applicando tali principi alla fattispecie in esame, deve allora ritenersi che la capogruppo del r.t.p. Groma s.r.l., poteva legittimamente spendere i requisiti dei propri soci attivi ai sensi dell'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 sia in relazione al fatturato sia all'organico medio nel triennio.

Tali argomentazioni consentono anche di dequotare l'ulteriore deduzione svolta dalla ricorrente, secondo cui il requisito del fatturato di cui al par. IX, punto B.2, lett. a) del disciplinare poteva essere soddisfatto anche mediante l'apporto delle mandanti del r.t.p.. L'affermazione non è condivisibile poiché nella propria domanda di partecipazione i componenti del raggruppamento di professionisti hanno affermato che il requisito relativo al fatturato è posseduto al 100% dalla mandataria Groma s.r.l. attraverso i requisiti dei propri soci attivi: di contro, in sede di gara i mandanti non hanno in alcun modo manifestato l'intenzione di concorrere alla dimostrazione del requisito economico – finanziario. In ogni caso, la censura non ha alcuna rilevanza ai fini della decisione del giudizio poiché si è visto che, per le ragioni già illustrate, la capogruppo Groma s.r.l. poteva legittimamente spendere i requisiti dei propri soci ai sensi dell'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 per raggiungere il fatturato richiesto dal disciplinare di gara (la Groma s.r.l. ha dichiarato di possedere tramite i propri soci attivi un fatturato nel quinquennio di euro 365.268,90 a fronte del requisito richiesto nella *lex specialis* di euro 353.160,48).

Con riferimento al requisito di natura tecnico – organizzativo dell'organico medio nel triennio, occorre rilevare che, nel caso in esame, la società capogruppo del r.t.p. risulta costituita da meno di tre anni alla data di pubblicazione del bando: ritiene quindi il Collegio che detto requisito debba essere valutato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa, sempre tenendo conto dei soci attivi; applicando tale criterio, il r.t.p. possiede il requisito richiesto dalla disciplina di gara. Al riguardo, non è ipotizzabile una esclusione dalla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica di imprese di nuova costituzione che possano documentare il possesso del requisito

richiesto dal bando di gara per un numero di anni inferiore a quello indicato nella *lex specialis*. Una eventuale esclusione si porrebbe, infatti, in contrasto con il principio di libera concorrenza e comporterebbe una restrizione della stessa, contraria al principio generale di libera partecipazione al mercato degli appalti.

Alla luce delle considerazioni svolte diviene superfluo l'esame del profilo di illegittimità che attiene alla violazione del c.d. soccorso istruttorio ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Difatti, è principio consolidato che l'istituto della regolarizzazione postuma previsto da tale norma si riferisce al completamento e al chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni prodotti dalle imprese concorrenti per dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione. Viceversa, nella fattispecie in esame, si controverte non già della presunta incompletezza della dichiarazione resa dalla parte ricorrente in ordine al possesso dei requisiti speciali di partecipazione alla gara, quanto dell'interpretazione circa l'ambito di applicazione dell'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 e, sul punto, si ribadisce che - secondo l'interpretazione che il Collegio ritiene di preferire - la citata disposizione consente anche alle neocostituite società di capitali di poter spendere i requisiti dei propri soci attivi per comprovare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti posti dalla disciplina di gara.

In conclusione, le svolte argomentazioni conducono all'accoglimento del gravame e, per l'effetto, all'annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione.

Viceversa, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria per equivalente monetario, espressamente subordinata dalla parte istante alla eventualità che, per l'effetto dell'azione illegittima dell'amministrazione, risulti impossibile il conseguimento del bene della vita cui la medesima aspira, ovvero l'aggiudicazione dell'appalto. Difatti, l'accoglimento della domanda impugnatoria dà luogo alla

riammissione dell'a.t.i. Valori alla procedura di evidenza pubblica consentendole di aspirare, laddove utilmente graduata, all'affidamento della commessa pubblica.

La novità della questione giuridica esaminata e decisa giustifica la compensazione delle spese processuali tra le parti costituite.

Ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1 del D.P.R. n. 115/2002, l'onere del rimborso del contributo unificato va posto a carico della parte soccombente cui è imputabile l'illegittimità scrutinata, da individuare nel Comune di Napoli.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

Condanna il Comune di Napoli al rimborso del contributo unificato versato dalla parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Olindo Di Popolo, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO