

Publicato il 06/06/2018

N. 00704/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00204/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 204 del 2018, proposto da Solidarietà e Lavoro società cooperativa sociale - Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Cocchi, Gerolamo Taccogna e Filippo Andrea Zorzi, con domicilio digitale come da indirizzi p.e.c. estrapolati dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la Cooperativa Orso in Torino, via Bobbio 21/A;

contro

Comune di Borgo San Dalmazzo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Sciolla, Sergio Viale e Chiara Forneris, con domicilio digitale come da indirizzi p.e.c. estrapolati dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandro Sciolla in Torino, corso Montevicchio n. 68;

nei confronti

Società Cooperativa Culture, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Grazzini, con domicilio digitale come da indirizzo p.e.c. tratto dai Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione n. 119 del Comune di Borgo San Dalmazzo del 6 febbraio 2018, comunicata via p.e.c. in pari data, avente ad oggetto l'esclusione dalla gara per l'affidamento della gestione dei servizi bibliotecari comunali per il periodo ricompreso dal 1 luglio 2017 al 30 giugno 2022, nonché di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, connesso e/o conseguente, ivi compresi tutti i verbali della gara, con gli atti che vi sono insiti, e l'aggiudicazione dell'appalto stesso, se nel frattempo intervenuta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Borgo San Dalmazzo e della Società Cooperativa Culture;

Viste le memorie e le repliche depositate da tutte le parti;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2018 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con provvedimento del 2 febbraio 2018 l'associazione temporanea di imprese Solidarietà e Lavoro S.C.S.- Onlus (d'ora in avanti S.E.L.) veniva esclusa dalla procedura negoziata indetta dal Comune di Borgo San Dalmazzo per l'affidamento della gestione dei servizi bibliotecari a causa dell'accertamento del mancato possesso in capo

alla mandante NoAu dei requisiti di partecipazione, valutati dalla stazioneappaltante in relazionealla qualificazione per la quota del servizio che la stessa si era impegnata a svolgere nella offerta.

In particolare la stazione appaltante verificava che la NoAu non aveva svolto nel biennio 2015-2016 servizi analoghi rispetto a quello oggetto del contratto e che per il 2015 era completamente priva del requisito economico-finanziario, in quanto non ancora costituita, mentre per il 2016 lo possedeva in maniera insufficiente rispetto alla quota di esecuzione dichiarata nell'offerta.

1.1. Avverso il predetto provvedimento insorgeva S.E.L. e deduceva:

a) sotto il profilo procedurale, la violazione degli articoli 45, 48 e 89 del D.Lgs. 50/2016, della disciplina di gara e dei principi di proporzionalità e del *favor participationis* in quanto i requisiti di partecipazionerichiestidovevano essere posseduti dall'operatore economico plurisoggettivo e non, in assenza di specifica previsione nella *lex specialis*, dai singoli partecipanti;

b) sotto il profilo sostanziale, anche a voler accedere alla diversa interpretazione che ogni impresa partecipante all'associazione debba possedere i requisiti di qualificazione per la relativa quota di esecuzione, che la mandante NoAu possedeva il requisito di capacità economica e finanziaria richiesto nell'invito alla procedura negoziata per avere svolto, nell'ultimo biennio, un servizio analogo neiconfronti del Comune di Borgo San Dalmazzo; dichiarava, tuttavia, che la mandante NoAu non possedeva interamente il requisito del fatturato minimo anno per l'anno 2015, in quanto non era ancora costituita, e per l'anno 2016, dal momento che la stazione appaltante si era limitata a considerare il periodo ottobre-dicembre

2016 mentre, in un prospettiva prognostica, avrebbe dovuto tenere conto del valore dell'intero contratto in corso di esecuzione;

c) la stazione appaltante era comunque incorsa nel vizio di eccesso di potere per contraddittorietà avendo, nella prima fase di verifica dei requisiti di partecipazione, ammesso S.E.L., che si sarebbe addirittura classificata prima, e, solo successivamente, in sede di valutazione delle offerte, disposto la sua esclusione dalla gara per i motivi di cui sopra.

1.2. Si costituivano in giudizio il Comune di Borgo San Dalmazzo e la società cooperativa Culture, risultata prima classificata per scorrimento in seguito alla esclusione della ricorrente, che resistevano al ricorso con diffuse argomentazioni e deduzioni sostanzialmente coincidenti, riconducibili alla mancanza dei requisiti di partecipazione della mandante in relazione alla qualificazione per la quota di esecuzione del servizio che aveva dichiarato di assumere in sede di presentazione dell'offerta.

1.3. All'udienza del 23 maggio 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

2. Osserva il Collegio che, alla luce della disciplina contenuta negli articoli 45, comma 2, lettera d) e 48 del D.Lgs 50/2016, così come integrato dal D.Lgs. 56/2017, applicabile *ratione temporis* alla presente procedura avviata in data 1 giugno 2017, deve registrarsi, in attuazione dell'interesse pubblico a favorire la più ampia partecipazione alle gare anche delle micro, piccole e medie imprese, il definitivo tramonto del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'associazione plurisoggettiva e le quote di esecuzione del contratto, per ogni tipologia di contratto e di associazione.

La facoltà riconosciuta dagli articoli 45, commi 4 e 5, e 83, comma 8, alla stazione appaltante di introdurre soglie ulteriori rispetto ai requisiti minimi di esecuzione richiesti alle singole imprese del raggruppamento è stata prevista per assicurare, nei limiti della proporzionalità, l'interesse pubblico alla corretta esecuzione degli appalti.

2.1. La questione dirimente del presente giudizio sta nel verificare cosa accada quando, come nel caso di specie, la stazione appaltante nulla abbia previsto nella *lex specialis*.

2.2. Sul punto si registrano due orientamenti:

1) un primo, sostenuto dal ricorrente, prevalente in giurisprudenza, anche per essere stato oggetto di numerosi interventi dell'Adunanza Plenaria sulla pregressa normativa (A.P. n. 27/2014, A.P. n. 7/2014, A.P. n. 22/2012) secondo il quale negli appalti di servizi non vige il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione e che, nel silenzio del legislatore, e pure della stazione appaltante, tale divieto di corrispondenza si estenderebbe pure ai requisiti di qualificazione che rappresentano nient'altro che una proiezione, in fase di valutazione dell'offerta, dei requisiti di partecipazione.

L'obbligo imposto alle imprese raggruppate dall'articolo 48, comma 4, di indicare le parti del servizio che saranno eseguite da ciascuna di esse non comporta la automatica corrispondenza tra quote di partecipazione e di esecuzione; se, pertanto, la *lex specialis* nulla prevede in ordine alla corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di prestazione, il principio di corrispondenza non vige.

Il momento di garanzia della corretta esecuzione del contratto diventa, pertanto, recessivo rispetto all'esigenza comunitaria di

attuazione della più estesa partecipazione, il cui rispetto non è più assicurato da una norma imperativa idonea ad integrare i bandi silenti ma è rimesso all'esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante.

La tutela apprestata alla corretta esecuzione del contratto da preventiva sarebbe diventata successiva ed affidata agli istituti della responsabilità solidale e della locazione finanziaria;

2) un secondo, sostenuto prevalentemente da una giurisprudenza di primo grado ed in particolare da un precedente specifico di questa Sezione (T.A.R. Piemonte, sezione I, n. 347 del 2017) in base al quale il silenzio del legislatore avrebbe creato una vera e propria lacuna da colmare facendo ricorso ai principi generali desumibili dal sistema.

L'orientamento trae origine dalla sentenza della V sezione del Consiglio di Stato, 11 novembre 2016 n. 4684 che ritiene *“immanente all'intero sistema degli appalti pubblici il principio di necessaria qualificazione”* per il quale ciascuna impresa esecutrice, a qualsiasi titolo, deve essere qualificata per la prestazione che deve eseguire.

Deve pertanto ritenersi ancora vigente, anche alla luce delle modifiche al codice dei contratti, il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione della singola impresa e quote di esecuzione della prestazione, non essendo assimilabili, quanto a struttura e ad effetti, i requisiti di partecipazione e quelli di qualificazione poiché sono finalizzati a realizzare diversi interessi (da ultimo T.A.R. Emilia Romagna, sede di Bologna, sezione I, 6 marzo 2018, n. 206, T.A.R. Lombardia, sede Milano, sezione IV, 22 gennaio del 2018 n. 157, T.A.R. Campania, sede di Napoli, sezione I, 26 aprile 2018, n. 2782).

2.3. Il Collegio ritiene di aderire a tale secondo orientamento secondo il quale le quote di esecuzione che ogni impresa ha l'obbligo

di indicare nell'offerta sono funzionali alla verifica della sua capacità imprenditoriale, facendo rinvio alle ragioni efficacemente illustrate nello specifico precedente della Sezione sopra indicato che non risultano espressamente smentite dal quadro normativo vigente, tanto che la Terza Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4403 del 21 settembre 2107, ha rimesso nuovamente la questione all'Adunanza Plenaria anche sullo specifico punto, pur affermando di aderire all'orientamento contrario.

Ritiene il Collegio che, anche se la normativa vigente non richiede più la corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione, è tuttora necessario che il singolo concorrente raggruppato sia qualificato ad eseguire la quota che ha dichiarato di voler assumere in sede di partecipazione alla gara, sia quando la *lex specialis* richieda requisiti ultronei di partecipazione rispetto alla quota di esecuzione, sia quando non li richieda.

Il mancato ricorso da parte della stazione appaltante all'esercizio della discrezionalità nella previsione di un livello minimo di capacità per i singoli componenti del raggruppamento, ex articolo 83, comma 8, non equivale a rinuncia alla verifica della capacità imprenditoriale; il bando può prevedere quote di qualificazione in misura superiore rispetto a quella esecutiva minima, che deve essere comunque essere posseduta anche in assenza di specifiche previsioni sul punto.

La soluzione contraria condurrebbe a risultati elusivi del principio, immanente nel sistema, di affidabilità degli operatori economici, riconfermato nell'articolo 48, commi 17, 18 e 19, nei quali si afferma

che ogni mandante deve possedere i requisiti di qualificazione in misura coerente alla quota di prestazioni che eseguirà.

Ogni operatore economico deve essere affidabile per la prestazione che si candida ad eseguire e la realizzazione di tale interesse pubblico non può essere rimessa esclusivamente alla prudenza o alla diligenza delle singole stazioni appaltanti.

Altrimenti opinando non vi sarebbe modo di controllare gli accordi tra imprese all'interno dell'associazione, rimessi all'autonomia negoziale, che ben si presterebbero ad eludere le garanzie di affidabilità dell'impresa ammessa a partecipare alla gara.

2.4. Il Collegio non ritiene degne di rilievo le censure svolte dalla ricorrente per cui la previsione di una responsabilità solidale ex articolo 48, comma 5, in capo agli operatori economici raggruppati sarebbe sufficiente a garantire la corretta esecuzione del contratto senza necessità di affermare il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione.

I due istituti operano su piani e momenti differenti: il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione opera a monte e si preoccupa di garantire la scelta di operatori economici affidabili già prima dell'aggiudicazione, mentre la responsabilità solidale opera a valle e si preoccupa di assicurare il risarcimento di un danno che il principio di corrispondenza mira ad evitare.

2.5. Neppure è sufficiente a giustificare la tesi del ricorrente il ricorso all'articolo 48, commi 17, 18 e 19, ove è previsto che il raggruppamento sia qualificato nel suo insieme ad eseguire anche quelle prestazioni cui la mandante non è abilitata: tale previsione è, infatti, contemplata solo in relazione alle specifiche ipotesi di

mutamenti soggettivi e non con riferimento alla percentuale di esecuzione dei lavori, che resta indisponibile.

2.6. Anche la previsione dell'avvalimento interno al raggruppamento previsto dall'articolo 89, comma 1, conferma che non basta la mera partecipazione al raggruppamento per soddisfare i requisiti di qualificazione che la mandante deve avere anche ove la mandataria posseda la totalità degli stessi.

2.7. L'obbligo di specificare nell'offerta le parti del servizio che le singole componenti del raggruppamento andranno effettivamente ad eseguire è, dunque, posto a presidio della effettività della qualificazione ed è volto ad evitare partecipazioni fittizie: esso, infatti, si risolverebbe in un inutile aggravamento procedimentale ove non fosse finalizzato alla verifica della capacità imprenditoriale rispetto alla quota di esecuzione, già nella fase che precede l'aggiudicazione.

2.8. Anche in seguito alla liberalizzazione dei requisiti di partecipazione, il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione deve, pertanto, considerarsi cogente, imposto dal sistema a prescindere dalle previsioni operate dalla *lex specialis*.

3. Affermata, pertanto, la sussistenza anche nell'attuale quadro legislativo del principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quota di esecuzione, il Collegio ritiene che le doglianze del ricorrente sono infondate.

3.1. I requisiti di partecipazione indicati al punto n. 8 dell'avviso pubblico del Comune di Borgo San Dalmazzo del 10 maggio 2017 devono essere, dunque, posseduti da tutti i componenti del raggruppamento nella misura corrispondente alla quota di esecuzione

dichiarata nell'offerta la quale, essendo rimessa agli accordi interni al raggruppamento, insindacabili da parte della stazione appaltante, ben avrebbe potuto tararsi sulla effettiva capacità tecnica e finanziaria della neo costituita NoAu, proprio per consentirne un facile e rapido accesso al mercato.

Non vi può essere, pertanto, alcun automatismo in ordine alla trasmissibilità dei requisiti partecipativi dall'associazione o dalla mandataria alla mandante, la cui qualificazione deve essere verificata in concreto.

Nella seduta del 13 ottobre 2017 la stazione appaltante ha verificato che NoAu risultava priva dei requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti per la sua qualificazione in relazione alla quota dichiarata di esecuzione del contratto ed in particolare del requisito relativo al fatturato specifico nel biennio 2015-2016 per servizi analoghi.

3.2. Quello prestato dalla NoAu nei confronti del Comune di Borgo San Dalmazzo è, infatti, un servizio avente ad oggetto l'espletamento di attività di animazione, divulgative e formative, di valorizzazione dei locali della medesima biblioteca, che rappresenta un servizio integrativo, e pure in misura poco significativa, di quello oggetto del contratto; pertanto, anche ove si voglia accedere ad un'interpretazione logica volta a consentire la massima partecipazione dell'impresa, non è possibile considerarlo un servizio analogo, poiché il progetto culturale svolto dalla NoAu risulta comunque estraneo al cuore del servizio oggetto del contratto che è la gestione integrale della biblioteca e dei relativi servizi specialistici di archivistica.

3.3. La stessa ricorrente, con nota di osservazioni del 19 ottobre 2017, ha ammesso che la mandante non possedeva il requisito relativo al fatturato, in quanto NoAu avrebbe dovuto dimostrare un fatturato annuo minimo di euro 6.290,00, pari al 17% dell'importo fissato in euro 37.000,00, mentre, per il solo 2016, ha comprovato un fatturato pari ad euro 5.708,08.

4. Alla luce di tali considerazioni l'esclusione di S.E.L. dalla procedura negoziata deve, pertanto, ritenersi legittima ed il ricorso deve essere respinto.

5. Il Collegio, in considerazione di indirizzi interpretativi contrastanti sul punto e della rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ravvisa giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese del giudizio tra le parti, comprese quelle della precedente fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone che le spese del giudizio siano integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO