

AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI: Concessioni autostradali - Concessioni pubbliche - Requisiti della mandataria che intenda svolgere i lavori - Devono essere posseduti tutti in misura maggioritaria.

Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2021, n. 3134

- in *Giurisprudenza amministrativa*, 1, 2022, pag. 163 e ss., con commento di Katia Bonsignore e Mario E. Comba, *I requisiti della mandataria nelle gare per concessioni autostradali sono compatibili con il diritto europeo?*

“[...] l’art. 95, comma 1, oltre a prevedere i parametri dei requisiti economico-finanziari (fatturato medio degli ultimi cinque anni; capitale sociale) e tecnici (servizi pregressi analoghi o affini), impone ai concessionari di lavori pubblici, che intendano eseguire i lavori con la propria organizzazione di impresa, di «essere qualificati secondo quanto previsto dall’articolo 40 del codice [art. 40 del d.lgs. n. 163/2006, in tema di qualificazione per eseguire lavori pubblici] e dall’articolo 79, comma 7, del presente regolamento [...]». Il comma quarto dell’art. 95 cit., invocato dall’appellante, nel prevedere che «qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo [...] i requisiti previsti al comma 1 devono essere posseduti complessivamente [...]» si limita a indicare il criterio applicabile al raggruppamento temporaneo per stabilire il possesso dei (soli) requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, non investendo il possesso dei requisiti di qualificazione nei lavori pubblici, per i quali quindi si applica la specifica disciplina prevista (attualmente contenuta, per i raggruppamenti temporanei di imprese, agli articoli 48 e 84 del Codice dei contratti pubblici). Pertanto, nessuna deroga, alla disciplina da ultimo richiamata, è apportata dall’art. 95, comma 4 [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Consorzio Stabile SIS S.c.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021, tenuta da remoto ai sensi dell’art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall’art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, e uditi per le parti gli avvocati Annoni, Giuffrè, Lenoci e l’avv. St. Palmieri;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. - La Società Autostrada Ligure Toscana S.p.a. (in seguito anche solo SALT), in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con le società Itinera S.p.a., Euroimpianti S.p.a., Sinelec S.p.a., Proger S.p.a., ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento in concessione «*delle attività di gestione delle tratte autostradali A21 Torino – Alessandria – Piacenza, A5 Torino – Ivrea – Quincinetto, la Bretella di collegamento A4/A5 Ivrea – Santhià, la diramazione Torino – Pinerolo e il Sistema Autostradale Tangenziale Torinese (SATT)*», indetta dal Ministero delle Infrastrutture. All'esito delle operazioni di verifica dei requisiti di partecipazione, il raggruppamento è stato escluso in quanto la mandataria SALT non avrebbe dimostrato il possesso di attestazione SOA necessaria per l'esecuzione (in misura maggioritaria) dei lavori oggetto della concessione, come prescritto dal punto *III.I.3.2*) del bando di gara.

2. - La società ha impugnato il provvedimento di esclusione innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che ha ritenuto infondate tutte le censure, osservando in particolare:

I) che la mandataria SALT ha dichiarato in gara di competere come “concessionario, esecutore e progettista”, secondo una delle possibilità previste dal bando;

II) che, conseguentemente, anche la mandataria dovesse possedere i requisiti specifici previsti dal bando per i soggetti esecutori dei lavori (punto *III.I.3.2*) del bando di gara), tra cui l'attestazione SOA adeguata;

III) che la stessa SALT aveva dichiarato di non essere in possesso dell'attestazione SOA necessaria per l'esecuzione dei lavori;

IV) che, avendo dichiarato di concorrere per la concessione e per l'esecuzione dei lavori, non potrebbe ammettersi la possibilità di “derubricare” (su iniziativa della stazione appaltante) la partecipazione della SALT, limitandola al solo affidamento della concessionario e non all'esecuzione dei lavori.

3. - La ricorrente in primo grado ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza sulla scorta dei seguenti motivi:

1) si ribadisce, in critica alla sentenza, l'illegittimità dell'esclusione per la violazione dell'art. 95, comma 4, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (recante «*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*»), da interpretare nel senso che, nel caso di raggruppamento temporaneo partecipante a gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, tutti i requisiti speciali di partecipazione possono essere posseduti

complessivamente dai componenti del raggruppamento (fermo restando che ciascuno dei componenti del raggruppamento posseda una percentuale non inferiore al dieci per cento dei requisiti di cui al comma 1, lettere a) e b), dell'art. 95 cit.);

2) in via subordinata, l'appellante assume l'ingiustizia della sentenza per non aver rilevato l'illegittimità della clausola del bando, ove interpretata nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante e dal primo giudice, ovvero la sua nullità ai sensi dell'art. art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici (approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione;

3) in ulteriore subordine: ingiustizia della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto illegittima la clausola di cui al par. III.1.3.2 del bando di gara, per violazione della normativa comunitaria, perché imporrebbe di presentarsi in gara sotto determinate forme, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ritiene incompatibili con il diritto eurounitario quelle disposizioni suscettibili di determinare, per oggetto o per effetto, una restrizione delle condizioni di partecipazione, con particolare riferimento a previsioni che comportino una limitazione della possibilità di avvalersi di forme e strumenti di partecipazione in forma associata;

4) infine, sottolinea l'appellante come il primo giudice non abbia considerato rilevante la circostanza che le imprese mandanti (Itinera, Euroimpianti e Sinelec), raggruppate nel RTI SALT, posseggono per intero, nel loro complesso, tutti i requisiti richiesti dal bando per l'esecuzione dei lavori; e quindi sarebbero comunque in grado di "garantire" anche sotto il profilo della qualificazione, l'esecuzione dei lavori.

4. - Resiste in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il quale ha proposto anche appello incidentale.

Si è costituito, *ad opponendum*, anche il Consorzio Stabile SIS S.c.p.a., concludendo per la reiezione dell'appello.

5. - Alla camera di consiglio del 15 aprile 2021, fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare, previo avviso alle parti costituite e presenti, la causa è stata trattenuta in decisione per essere definita, nel merito, con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli articoli 60 e 120, comma 6, del codice processo amministrativo.

6. - L'appello è infondato.

6.1. - Seguendo l'ordine dei motivi di cui sopra, quanto al primo motivo, occorre osservare come la complessiva lettura dell'art. 95 («*Requisiti del concessionario*») del D.P.R. n. 207 del 2010, non consente di accedere all'interpretazione patrocinata dall'appellante.

In questa prospettiva, va rilevato, anzitutto, che l'art. 95, comma 1, oltre a prevedere i parametri dei requisiti economico-finanziari (fatturato medio degli ultimi cinque anni; capitale sociale) e tecnici (servizi pregressi analoghi o affini), impone ai concessionari di lavori pubblici, che intendano eseguire i lavori con la propria organizzazione di impresa, di «*essere qualificati secondo quanto previsto dall'articolo 40 del codice [art. 40 del d.lgs. n. 163/2006, in tema di qualificazione per eseguire lavori pubblici] e dall'articolo 79, comma 7, del presente regolamento [...]*». Il comma quarto dell'art. 95 cit., invocato dall'appellante, nel prevedere che «*qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo [...] i requisiti previsti al comma 1 devono essere posseduti complessivamente [...]*» si limita a indicare il criterio applicabile al raggruppamento temporaneo per stabilire il possesso dei (soli) requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, non investendo il possesso dei requisiti di qualificazione nei lavori pubblici, per i quali quindi si applica la specifica disciplina prevista (attualmente contenuta, per i raggruppamenti temporanei di imprese, agli articoli 48 e 84 del Codice dei contratti pubblici). Pertanto, nessuna deroga, alla disciplina da ultimo richiamata, è apportata dall'art. 95, comma 4. Nel caso di specie, l'appellante SALT non è in possesso dell'attestazione SOA adeguata per l'esecuzione dei lavori previsti dalla concessione (il che è pacifico in causa).

6.2. - Ne deriva come conseguenza che il bando di gara non si pone in contrasto con la disciplina legislativa in tema di requisiti del concessionario, dalla quale discende la sanzione espulsiva nei confronti dell'operatore economico che non dimostri il possesso del requisito di qualificazione richiesto; né, quindi, è configurabile l'ipotizzato contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione (secondo motivo d'appello).

6.3. - Anche l'argomento sollevato col quarto motivo d'appello non persuade, perché implica la disarticolazione del raggruppamento di imprese che si è presentato come concorrente nella gara; si pretende, infatti, di non considerare la partecipazione di SALT ai fini della qualificazione per i requisiti di esecuzione dei lavori (pur se SALT si è presentata in gara come futura mandataria del raggruppamento concorrente; e pur se ha dichiarato in gara di partecipare anche per l'esecuzione dei lavori) e di valutare i requisiti di qualificazione solo nei confronti delle imprese mandanti. Operazione inammissibile, perché comporterebbe la sostanziale disapplicazione sia delle norme in materia di qualificazione (articoli 48 e 84 del Codice dei contratti pubblici, già sopra richiamati), sia delle norme che impongono alla mandataria il possesso dei requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti (art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici e art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010). Soluzione interpretativa che non sarebbe giustificata nemmeno alla luce della norma dell'art. 95, comma 4, del D.P.R. n. 207 del 2010, il quale, come si

è già veduto, si riferisce ai soli requisiti economico-finanziari e di fatturato specifico, non ai requisiti di qualificazione per i lavori pubblici.

6.4. - Infine, è infondato anche il terzo motivo, posto che la scelta di presentarsi come raggruppamento temporaneo di imprese non è stata imposta dal bando di gara, il quale ha solo specificato i requisiti di qualificazione da possedere ove gli operatori economici avessero optato per tale forma giuridica.

7. - L'appello, in conclusione, va respinto.

8. - L'appello incidentale del Ministero delle Infrastrutture va dichiarato, di conseguenza, improcedibile per il sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione.

9. - La disciplina delle spese giudiziali segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo

.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante S.A.L.T. - Società Autostrada Ligure Toscana S.p.a., al pagamento delle spese giudiziali in favore del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Consorzio Stabile SIS S.c.p.a., che si liquidano in euro 5.000,00 (cinquemila/00) per ciascuna delle parti appellate.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO