



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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1703 del 2022, proposto dal Consorzio Ciro Menotti Soc. Coop. P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano, Lucia Interlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimiliano Mangano in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

contro

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, 6; Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Occidentale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Irene Grifò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Stabile Sinergica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Ucsi – Unione dei Consorzi Stabili Italiani, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Facchini, Gaia Di Lernia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare,

- del Decreto del Presidente n. 286 del 05.10.2022 di aggiudicazione al Consorzio Stabile Sinergica (P.IVA 13600521002) della procedura di gara Porto di Trapani - Lavori di consolidamento ed adeguamento sismico della banchina di levante e della testata del molo Sanità. CUP: I91J20000010001 – CIG: 8989555F73, per l'importo di € 5.631.995,41;
- della comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, del D. Lgs. 50/2016 del AdSP Palermo del 20/10/2022 nota prot. n 0015848/22;
- della graduatoria stilata nel verbale di gara della Commissione giudicatrice del 24 agosto 2022 e della proposta di aggiudicazione ivi contenuta, nonché del verbale del 04.03.2022 del seggio di gara con cui è stata disposta l'ammissione del Consorzio Sinergica a seguito della disamina della documentazione amministrativa; nonché dei successivi verbali della Commissione giudicatrice nella parte è stata ammessa ed esaminata l'offerta tecnica del Consorzio Sinergica (verbale seduta 01.08.2022 e verbale

di seduta del 05.08.2022) sia l'offerta economica con attribuzione di punteggio (verbale commissione giudicatrice del 24.08.2022)

-e di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso;

per la declaratoria

- di inefficacia e/o annullamento del contratto di appalto, ove in ipotesi stipulato con il Consorzio odierno controinteressato

e per la condanna

- al risarcimento del danno in forma specifica mercé l'aggiudicazione dell'appalto in favore del costituendo RTI Consorzio Ciro Menotti Soc. Coop. P.A/ Ador.mare s.r.l./ Soc. Coop. Lavori Marittimi e relativo subentro nel contratto, in ipotesi stipulato, ovvero in subordine per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, del Consorzio Stabile Sinergica e dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Occidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2022 il dott. Luca Girardi e uditi per le parti i difensori presenti come specificato nel verbale;

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

1. Con ricorso ritualmente proposto, il costituendo RTI con mandatario-capogruppo il Consorzio Ciro Menotti Soc. Coop. P.A., censura la legittimità dell'aggiudicazione intervenuta in favore del Consorzio Stabile Sinergica della procedura di gara per l'affidamento dei *‘Lavori di consolidamento ed adeguamento sismico della banchina*

di levante e della testata del molo Sanità” indetta dall’Autorità di Sistema Portuale Del Mare Di Sicilia Occidentale (AdSP).

In fatto deduce che, all’esito dell’espletamento delle operazioni di gara, è stata stilata la graduatoria nella quale risulta collocato al primo posto il Consorzio Stabile Sinergica (punti complessivi 87,26), seguito dal costituendo RTI Consorzio Ciro Menotti soc. coop. pa./Ador.mare/Soc. Coop. Lav. Marittimi (punti complessivi 87.09).

A seguito all’accesso agli atti e documenti di gara, il Consorzio istante ha verificato che il Consorzio Stabile Sinergica ha designato esecutrice dei lavori la consorziata COSEDIL Grandi Lavori s.r.l., la quale però è sprovvista dei requisiti di capacità professionale e tecnica richiesti al dal punto III.1.3) del bando di gara, nella specie sia della qualificazione SOA nella categoria prevalente OG7 che OS21, nonché della certificazione UNI EN ISO 9001.

In data 20 ottobre 2022 perveniva al ricorrente la nota n. 15848/22 di comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell’art. 76, comma 5, del D.lgs. 50/2016, adottata con Decreto n. 286 del 5 ottobre 2022 del Presidente dell’AdSP che veniva in questa sede impugnata attraverso le seguenti censure:

I. Violazione dell’art. 47, comma 1, del d.lgs 50 2016, a seguito delle modifiche introdotte alla disciplina dei consorzi stabili Dall’art. 1, comma 20, lett. L), n. 1), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, Convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55; Violazione del bando, al punto III.1.3) e del disciplinare di gara;

II. Violazione del bando di gara punto al punto III.1.3) e del Disciplinare a pag. 5, violazione dell’art. 105 del d.lgs. 50/2016 e successive modifiche ed integrazioni.

Risultano costituite le amministrazioni intimare, nella specie il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Distret-

tuale dello Stato di Palermo, e l'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Occidentale, entrambe con memoria volta a ottenere il rigetto del ricorso. Anche il controinteressato Consorzio Stabile Sinergica si è costituito nei termini chiedendo il rigetto del gravame.

Con autonomo atto d'intervento *ad opponendum* si è costituita anche l'Unione dei Consorzi Stabili Italiani (UCSI), quale associazione di categoria rappresentativa dei consorzi stabili che ha interesse, in questa sede, a vedere superata la presunta errata lettura della normativa prospettata dal ricorrente.

Alla camera di consiglio del 10 novembre 2022 il ricorso è stato posto in decisione per l'immediata definizione con sentenza breve, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come da avviso date alle parti dal Presidente della Sezione.

2. Con due motivi di gravame, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto strettamente connessi, il Consorzio Ciro Menotti Soc. Coop. P.A. contesta la legittimità del decreto di aggiudicazione al Consorzio Stabile Sinergica della procedura di gara oggetto del presente giudizio e degli atti ad esso presupposti.

In specie, con la prima censura il ricorrente sostiene che gli atti gravati siano meritevoli di annullamento in ragione dell'insussistenza, in capo alla consorziata designata dall'odierno controinteressato (la Cosedil Grandi Lavori s.r.l.), di taluni requisiti tecnici e professionali di partecipazione alla gara (qualificazione SOA nelle categorie OG7 e OS21 e certificazione UNI EN ISO 9001).

Invece, con un secondo mezzo, il ricorrente lamenta che il controinteressato, dichiarando di voler subappaltare le categorie OG7 e OS21, intenda in realtà colmare illegittimamente l'insussistenza dei suddetti requisiti in capo alla consorziata designata per l'esecuzione dei lavori.

A supporto delle proprie tesi, il ricorrente richiama un recentissimo arresto del Consiglio di Stato, sentenza della Sezione V del 22 agosto 2022 n. 7360, secondo cui viene di fatto superato l'indirizzo giurisprudenziale, per vero maggioritario, con il quale è stata costantemente ribadita la perduranza, anche nell'attuale sistema normativo, del c.d. cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili.

Orbene, la richiamata sentenza ha chiarito che, qualora in sede di gara il Consorzio stabile designi l'impresa o le imprese esecutrici, queste ultime devono essere dotate in proprio dei necessari requisiti di qualificazione, in considerazione della riformulazione del primo comma dell'art. 47 del Codice appalti operata dal decreto "Sblocca cantieri", cui fa espresso rinvio il disciplinare di gara della procedura in esame.

In particolare, è stato chiarito dal Consiglio di Stato che: *"Vale rammentare, in premessa, che l'art. 47, comma 1 del Codice (non interessato dalle recenti modifiche normative) prevede che, per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c) – e, dunque, anche per i "consorzi stabili" – i "requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento" debbano essere, come d'ordinario, "posseduti" dagli stessi e, all'uopo, "comprovati", fatta eccezione per quelli relativi "alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo", i quali – "ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate" – sono suscettibili di computo cumulativo. La disposizione suona, nella sua formulazione letterale, identifica a quella già trasfusa nel corpo del previgente art. 35 del d. lgs. n. 163/2006, e nondimeno – opportunamente rimeditando sul punto, anche sulla scorta della interpretazione avallata, sia pure per obiter dictum, dalla adunanza plenaria n. 5/2021, l'orientamento espresso anche in tempi recenti dalla Sezione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588, cui la sentenza appellata ha, segnatamente, inteso dare seguito) – va acquisita restrittivamente, nel senso della (rigorosa) limitazione (dell'ambito) della scolpita facoltà di cumulo. Milita in tal senso – più ancora che l'argomento meramente letterale, dal quale pure, in sé, sarebbe, in principio, lecito distillare una*

direttiva di interpretazione limitativa, giustificata dalla attitudine derogatoria e, per tal via, eccezionale della prefigurata facoltà di dimostrazione “cumulativa” dei requisiti di partecipazione – il nuovo ‘contesto’ normativo, dal quale risulta espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7, la quale (non operando, ai fini in parola, alcuna distinzione tra imprese designate o meno per l’esecuzione delle prestazioni) aveva legittimato un intendimento comprensivo, lato e generalizzato del cumulo, detto appunto e genericamente “alla rinfusa”. In definitiva, proprio la mancata riproduzione del testo dell’art. 36, comma 7 cit. (in base alla quale “il consorzio stabile si qualifica[va] sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”) suggerisce (ed anzi impone) di abbandonare l’orientamento esegetico che, sulla sua scorta, era maturato, restringendo la praticabilità del cumulo ai (soli) aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo”.

Le parti resistenti, per contro, evidenziano come tale orientamento minoritario ora richiamato sarebbe frutto di un’analisi parziale delle disposizioni attualmente vigenti, avendo la sentenza n. 7360/2022 pretermesso di considerare il regime transitorio di cui all’art. 216, comma 14, del Codice degli appalti, che invece confermerebbe la perdurante operatività del sistema di qualificazione previgente, ovvero la regola per la quale i consorzi stabili si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, senza necessità di stipulare un contratto di avvalimento.

3. Il Collegio, pur consapevole della natura prettamente interpretativa della presente pronuncia, intende confermare l’indirizzo pretorio maggioritario richiamato dalle resistenti, peraltro già seguito dal Tribunale in diversi precedenti secondo cui: *“In linea generale, deve essere richiamata la costante giurisprudenza secondo cui il principio del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili (ex art. 45, co. 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016) è ammesso in via generale nella materia dei contratti pubblici; conseguentemente, i consorzi stabili, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere*

anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti (v. C.G.A. Sez. giurisd., 22 gennaio 2021, n. 49, che rinvia a Consiglio di Stato, Sez. V, 26 ottobre 2018, n. 6114). In ordine, poi, alla corretta interpretazione da darsi al testo, come novellato, dell'art. 47 del d. lgs. n. 50/2016 – su cui le parti si sono soffermate anche in sede di chiarimenti – va richiamato un recentissimo e condiviso arresto del Giudice di appello su fattispecie simile, secondo cui la disposizione di cui all'art. 47, co. 2 bis "...letta in combinato con la regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti del consorzio stabile prevista dal medesimo art. 47, comma 1, deve ragionevolmente essere intesa nel senso che essa abbia inteso introdurre un onere di verifica dei requisiti di qualificazione da svolgere presso gli operatori economici partecipanti al consorzio stabile e che a quest'ultimo hanno apportato le loro rispettive capacità tecnico-professionali o economico-finanziarie. Dalla medesima disposizione non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità pro concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943)"..." (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588, in fattispecie relativa al possesso, in capo alla consorziata esecutrice di un requisito di idoneità professionale). Deve quindi osservarsi che il consorzio stabile, operando in base a uno stabile rapporto organico con le imprese consorziate, può giovare dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle predette secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa", che consente al consorzio di provare il possesso dei requisiti anche attraverso quelli delle consorziate. [...] Pertanto, l'interpretazione restrittiva del cumulo alla rinfusa, in quanto circoscritto alla sola disponibilità di attrezzature e mezzi d'opera,

non è divisibile, anche tenendo conto del carattere pro-concorrenziale del consorzio stabile (v. anche T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 aprile 2021, n. 4540; T.A.R. Campania, Sez. I, 26 gennaio 2021, n. 537)” (cfr. T.A.R. Palermo, sez. III, n. 2128 del 30 giugno 2021).

La giurisprudenza a cui si ricollega il Collegio ha avuto modo, quindi, di porre al centro dell'attenzione la tipologia di soggetto partecipante alla gara, il consorzio stabile appunto, la cui disciplina deriva dagli artt. 12 e 13 della L. 109/1994 e dagli artt. 35 e 36 del D.lgs. 163/2006 (ed oggi dagli artt. 45, 47 e 48 del D.lgs. 50/2016), che opera come un'unica realtà imprenditoriale, pur essendo materialmente formata dall'apporto di singole entità imprenditoriali che si impegnano a cooperare per un periodo nel settore degli appalti pubblici. Pertanto, proprio il meccanismo del “*cumulo alla rinfusa*”, ovvero della sommatoria dei requisiti di tutte le consorziate in capo al consorzio e della conseguente possibilità per il consorzio di spendere detti requisiti anche a vantaggio di consorziate che ne siano singolarmente prive, consente di riaffermare con pienezza lo spirito pro-concorrenziale della normativa citata, diretto a favorire l'accesso al mercato dei lavori pubblici delle imprese di medie e piccole dimensioni che, da sole, non avrebbero, parte o tutti, i requisiti di qualificazione per aggiudicarsi le gare.

Come condivisibilmente chiarito da tutte le resistenti nei propri scritti, la normativa primaria ha da sempre previsto che il consorzio stabile possa giovare, senza ricorrere al contratto di avvalimento, degli stessi requisiti economico-finanziari, tecnico organizzativi e di idoneità tecnica e professionale delle consorziate stesse, designate o non, secondo il criterio del “*cumulo alla rinfusa*”. Anche la giurisprudenza di settore ha da sempre abbracciato una visione ampia del cumulo che deriva dagli artt. 47, 83, comma 2, e 216 comma 14 del D.lgs. 50/2016, nonché dagli artt. 81 e 94 del d.P.R.

207/2010 e dall'art. 36 del D.lgs. 163/2006, applicabili in via transitoria sino all'adozione del regolamento al Codice dei contratti di cui agli artt. 83, comma 2 e 216, comma 27-octies del Codice medesimo.

È parere del Tribunale, quindi, che i suddetti principi siano applicabili anche sotto la vigenza del D.lgs. 50/2016 e del D.L. 32/2019 (Sblocca cantieri).

Infatti, a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016, la disciplina sulla qualificazione dei consorzi stabili è stata rimessa dall'art. 83, comma 2 (e, poi dall'art. 216, comma 27-octies, così come modificato dal D.L. n. 32/2019, cd. "Sblocca Cantieri") dapprima alle linee guida ANAC e, ora, al regolamento di attuazione del Codice (in redazione), nelle more trovando applicazione la precedente disciplina.

Infatti, l'art. 83 al comma secondo prevede che: *“Per i lavori, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 14”*.

Per quanto riguarda invece le norme sul regime transitorio si riporta l'art. 216, commi 14 e 27-octies, D.lgs. 50/2016:

- comma 14: *“fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”*;
- comma 27-octies: *“Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto*

1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273”).

Invece, per una completa disamina della disciplina in vigore in via transitoria si rinvia all'art. 35 del D.lgs. 163/2006, rubricato “Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare” e, con specifico riguardo ai consorzi stabili operanti nel settore dei lavori pubblici, all'art. 36, al comma 7, e all'art. 81 del d.P.R. 207/2010, durante la cui vigenza non si è mai dubitato della possibilità di applicare il cumulo alla rinfusa ai Consorzi stabili, anche per i requisiti tecnico-finanziari documentati nell'attestato SOA e non posseduti in proprio dall'esecutrice dei lavori individuata dal Consorzio. In ultimo, come evidenziato dalle resistenti, l'art. 1, comma 1, lett. h), del D.L. Sblocca Cantieri, decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, ha modificato l'articolo 47 del d.lgs. 50/16 e “*La modifica del comma 2 è tesa a chiarire la disciplina dei consorzi stabili onde consentire l'operatività e sopravvivenza di tale strumento pro-concorrenziale, mentre l'introduzione del comma 2-bis detta disposizioni concernenti i consorzi stabili di servizi e forniture, in continuità con il passato, di fatto colmando, a regime, un vuoto normativo per tali settori*” (cfr. relazione di accompagnamento al decreto).

4. Tutto ciò posto, è provato in atti che il Consorzio controinteressato Sinergica è un consorzio stabile il quale possiede i requisiti di qualificazione richiesti dalla legge di gara essendo qualificato in tutte le categorie richieste dalla lex specialis.

Il Collegio, nel rigettare il ricorso, intende pertanto confermare il principio secondo cui, nella partecipazione alle gare d'appalto e nell'esecuzione, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole imprese sue consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando).

Così come, il consorzio stabile si caratterizza per la possibilità di qualificarsi attraverso i requisiti delle proprie consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto d'appalto.

Il ragionamento svolto vale anche a superare le obiezioni presenti nel secondo motivo di gravame non potendo ritenere, come fa il ricorrente, che la dichiarazione relativa al possibile subappalto sia funzionale all'integrazione dei requisiti di partecipazione del controinteressato che, come visto, il Consorzio aggiudicatario possiede e può legittimamente spendere. Ciò vale anche per la certificazione di qualità UNI EN ISO 9001.

5. Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto, mentre le spese di lite possono essere compensate alla luce del contrasto giurisprudenziale di cui si è dato ampiamente atto negli scritti di parte.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Luca Girardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Girardi

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO