

Pubblicato il 18/09/2020

N. 09615/2020 REG.PROV.COLL.

N. 13691/2019 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 Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13691 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Parco Cimiterale Leonida di Taranto S.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filiberto Morelli e Daniela
Intelligente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti

Comune di Taranto, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Maddalena Cotimbo, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Valentino Capece Minutolo
in Roma, via dei Pontefici 3;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della delibera n. 831/19 del 18.9.2019, notificata a mezzo PEC il 27.9.2019, approvata dall'ANAC in risposta all'istanza congiunta presentata dalla odierna ricorrente e dal Comune di Taranto, ex art. 211, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, per chiedere parere in ordine all'interpretazione del combinato disposto del comma 1, lett. a) e del comma 2 dell'art. 95 del d.P.R. n. 207/2010 ed in particolare “se il requisito del fatturato medio deve essere posseduto dal soggetto promotore o dai singoli soci che compongono la società proponente, che in quanto soci “qualificanti” devono obbligatoriamente far parte della costituenda società di progetto”;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 23.12.2019:

per l'annullamento della determina dirigenziale n.1233 del 12.11.2019, comunicata a mezzo PEC il 15.11.2019, con cui il Comune di Taranto, in concreta attuazione del parere vincolante reso dall'ANAC con delibera n. 831/2019, ha escluso la ricorrente dalla procedura di affidamento in regime di Project Financing con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta per la progettazione, costruzione e gestione del cimitero comunale “Parco Cimiteriale Leonida di Taranto”, dichiarando deserta la relativa gara;

dei sottostanti atti di gara ed in particolare del verbale n.2 del 9.10.2018 e n. 3 del 18.10.2018 (mai comunicati alla ricorrente) nonché del verbale n.4 del 26.11.2018 e di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e del Comune di Taranto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 10 giugno 2020, mediante collegamento da remoto in videoconferenza ai sensi dell'art. 84 del d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, la dott.ssa Francesca Petrucciani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe la Parco Cimiterale Leonida di Taranto S.r.l. ha impugnato la delibera n. 831/19 del 18 settembre 2019 con cui l'ANAC ha reso il parere sull'istanza congiunta presentata dalla ricorrente e dal Comune di Taranto, ex art. 211, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, in ordine all'interpretazione del combinato disposto del comma 1, lett. a) e del comma 2 dell'art.95 del d.P.R. n. 207/2010 ed in particolare *“se il requisito del fatturato medio deve essere posseduto dal soggetto promotore o dai singoli soci che compongono la società proponente, che in quanto soci “qualificanti” devono obbligatoriamente far parte della costituenda società di progetto”*.

La ricorrente ha esposto di avere presentato al Comune di Taranto una proposta per la realizzazione, in regime di project financing, di un parco cimiteriale per un importo complessivo di investimento pari ad € 9.382.389,98; dopo aver approvato il progetto di fattibilità dell'opera, il Comune di Taranto aveva pubblicato il bando della procedura ristretta per l'affidamento, ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016, della concessione per la progettazione e costruzione del cimitero comunale nonché della sua gestione funzionale ed economica, con risorse totalmente a carico del concessionario, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara aveva partecipato la “Società Parco Leonida di Taranto s.r.l.”, in qualità di soggetto promotore, risultando unica concorrente.

Intendendo verificare il possesso del requisito di capacità tecnica relativo allo svolgimento dei servizi affini richiesto dal bando (Sez. III, 2.3 punti E/3 – E/4), la

Commissione, riunitasi in data 26.11.2018, aveva rilevato che la società aveva dimostrato in via alternativa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, d.P.R. 207/2010, attraverso il patrimonio netto, l'incremento del requisito di cui alla lettera B della suddetta norma, ma non l'incremento nella misura doppia anche del requisito di cui alla lettera A (fatturato medio), e ne aveva proposto l'esclusione.

Con nota del 31 dicembre 2018 la proponente aveva documentato il possesso in misura doppia anche del requisito del fatturato medio, allegando i bilanci di esercizio dell'ultimo quinquennio dei soci "qualificanti" facenti parte della compagine sociale, chiedendo la riammissione in gara e la conseguente aggiudicazione.

Ritenendo necessario un approfondimento sulla questione prima di qualunque determinazione, la ricorrente ed il Comune di Taranto in data 1 agosto 2019 avevano presentato congiuntamente all'ANAC istanza di parere in ordine all'interpretazione del combinato disposto del comma 1, lett. a) e del comma 2 dell'art.95 del d.P.R. n.207/2010, chiedendo in particolare *"se il requisito del fatturato medio deve essere posseduto dal soggetto promotore o dai singoli soci che compongono la società proponente, che in quanto soci "qualificanti" devono obbligatoriamente far parte della costituenda società di progetto"*.

Con memoria del 7 settembre 2019 la Parco Cimiteriale Leonida di Taranto s.r.l. aveva ribadito che il requisito in questione avrebbe dovuto essere verificato complessivamente rispetto ai soci che formavano la compagine sociale del soggetto proponente, obbligati a far parte della costituenda società di progetto.

A seguito del deposito di memoria anche da parte del Comune di Taranto, in data 18 settembre 2019 il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva approvato la delibera n. 831/19, con cui aveva ritenuto conforme all'attuale disciplina normativa di settore l'operato della stazione appaltante e la conseguente esclusione dalla gara la ricorrente per non aver dimostrato il possesso dell'incremento nella misura doppia anche del requisito del fatturato medio.

A sostegno del ricorso sono state formulate, in unico motivo, le censure di violazione degli artt. 183, comma 8 e 15 e dell'art. 184 del d.lgs. 50/2016, insufficiente motivazione, eccesso di potere per erroneità di presupposti e manifesta ingiustizia.

Secondo l'ANAC la ricorrente non avrebbe potuto dimostrare il possesso del requisito di partecipazione incrementato ai sensi dell'art. 95, comma 2, lett. a) del d.P.R. 207/2010 con il fatturato medio dei propri soci, perché gli stessi non avevano costituito un raggruppamento temporaneo di imprese, né un consorzio o una società di progetto, ma una società a responsabilità limitata, ossia un autonomo centro di imputazione giuridica avente un bilancio proprio a cui bisognava fare riferimento ai fini della qualificazione.

Tale interpretazione, tuttavia, non terrebbe conto delle peculiarità e delle finalità tipiche del project financing, istituto volto a consentire la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità con risorse economiche a carico dei privati.

La figura centrale, in tal caso, sarebbe quella dei finanziatori, ossia degli azionisti del soggetto proponente, che confluiscono poi nella compagine societaria della società di progetto in caso di aggiudicazione e che concorrono all'iniziativa investendo i capitali necessari.

Per garantire il rispetto del principio della massima partecipazione alla gara degli operatori economici, il legislatore delegato, con il comma 8 dell'art. 183 del d.lgs. 50/2016, avrebbe richiesto, per un verso, ai partecipanti il possesso dei requisiti del concessionario consentendo, per altro verso, agli operatori economici – senza restrizioni legate alla forma di partecipazione assunta – di associare altri soggetti, allargando la compagine dei finanziatori per raggiungere cumulativamente i requisiti richiesti.

La possibilità di aggregazione di soci finanziatori riguarderebbe non solo i consorzi, ma anche la categoria degli operatori economici di cui all'art. 45, comma 2, lett. a)

del d.lgs. 50/2016, comprese le società, ove si consideri, sul piano letterale, l'uso del verbo "associando" all'interno del comma 8 dell'art. 183 del suddetto decreto, che consentirebbe la creazione di qualsiasi rapporto associativo tra i soggetti interessati. A riprova del fatto che nel project financing la verifica del possesso dei requisiti di qualificazione andrebbe effettuata con riferimento ai singoli soci che compongono il soggetto proponente deporrebbe il testo degli artt. 183 e 184 del d.lgs. 50/2016. Quest'ultima disposizione prevede che dopo l'aggiudicazione è prevista la costituzione di una società di progetto che diventa la concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza alcuna autorizzazione o approvazione, che i lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte della società di progetto si intendono realizzati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalla suddetta società ai propri soci, sempre che siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari (comma 2), e che per effetto del suddetto subentro la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente; tutto ciò fermo restando che i soci che hanno concorso a fornire i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla costituente società di progetto e a garantire il buon adempimento degli obblighi del concessionario fino alla data di emissione del certificato di collaudo (comma 3).

Pertanto il legislatore avrebbe garantito la stabilità e la qualificata professionalità del project financing mediante la presenza dei soci che hanno fornito i requisiti al soggetto proponente (cd. "soci qualificanti") per tutta la durata dell'esecuzione dei lavori.

Il requisito di cui al combinato disposto del comma 1, lett. a) e del comma 2 dell'art. 95 del d.P.R. 207/2010 dovrebbe quindi essere verificato complessivamente rispetto ai soci che formano la compagine sociale del soggetto proponente "Parco cimiteriale

Leonida di Taranto s.r.l.”, che sarebbero obbligati a far parte della costituenda società di progetto concessionaria dei lavori.

Poiché, come attestato dalla nota del 31.12.2018, la ricorrente ha dimostrato, in via alternativa, il possesso in misura doppia del requisito del fatturato medio attraverso le scritture contabili dei propri soci qualificanti (“Servizi funerari Padre Pio dei F.lli Turbato s.r.l.”, “Pro.Gest. s.r.l.”, “Andrea Petruzzi s.r.l.”) il provvedimento consiliare impugnato sarebbe illegittimo.

Con motivi aggiunti depositati il 23 dicembre 2019 la ricorrente ha impugnato la determina dirigenziale n.1223 del 12.11.2019, con cui il Comune di Taranto, in concreta attuazione del parere vincolante reso dall’ANAC con delibera n.831/2019, l’ha esclusa dalla procedura di affidamento.

I motivi aggiunti sono stati incentrati sull’invalidità derivata di tale determinazione per i medesimi vizi dedotti nel ricorso principale e sull’invalidità autonoma per i seguenti ulteriori motivi:

1) Violazione dell’art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, della normativa comunitaria e dell’art. 97 della Cost., violazione della regola del giusto procedimento con particolare riferimento al principio di pubblicità delle sedute di gara.

In violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, la ricorrente non era stata convocata alle sedute del 9.10.2018 (verbale n. 2), del 18.10.2018 (verbale n.3) e del 26.11.2018 (verbale n.4), nelle quali si era proceduto all’apertura ed alla verifica dei plichi contenenti la documentazione amministrativa integrativa richiesta nonché al suo esame, che aveva portato all’esclusione di “Parco cimiteriale Leonida di Taranto s.r.l.” dalla selezione pubblica.

2) Violazione dell’art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 nonché delle Linee Guida ANAC n.3, punto 5.3, approvate nella versione aggiornata con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell’11.10.2017, incompetenza, poiché l’adozione del

provvedimento intermedio definitivo in una gara pubblica esulerebbe dai poteri del Dirigente del Settore LL.PP. rientrando, invece, nella competenza del RUP.

3) Violazione dell'art.1, comma 2 della l. n. 241/1990 e dell'art. 97 Cost., eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità, irrazionalità dell'azione amministrativa, contraddittorietà, manifesta ingiustizia, con riferimento alla parte del provvedimento in cui il Dirigente – a fronte della proposta del RUP di rinnovare la procedura di gara – aveva ritenuto necessario richiedere all'organo competente apposito atto di indirizzo, in ragione del già disposto pubblico interesse.

Tale ulteriore passaggio procedimentale costituirebbe una violazione del divieto di aggravamento del procedimento amministrativo sancito dall'art. 1, comma 2 della l. n. 241/1990 e della regola fondamentale della conservazione degli atti amministrativi, in forza della quale la rinnovazione dell'azione amministrativa non può riguardare gli atti legittimi di una fase procedimentale ormai esaurita, che conservano la loro efficacia.

Nella specie, si era legittimamente completata la fase procedimentale relativa all'attività di indirizzo di competenza degli organi politici atteso che – come riconosciuto dallo stesso Dirigente dei LL.PP. nella determina de qua – la Giunta Comunale aveva dichiarato di pubblico interesse la proposta pervenuta dal ricorrente di realizzare, con capitali privati, una struttura cimiteriale comunale, inserendo di conseguenza l'intervento nei successivi piani triennali delle Opere Pubbliche.

Pertanto l'esclusione di "Parco Leonida" e la conseguente dichiarazione di gara deserta avrebbero imposto di procedere al rinnovo del procedimento, con l'immediata adozione della determina di indizione della nuova selezione pubblica.

Si sono costituiti l'ANAC e il Comune di Taranto resistendo al ricorso.

All'udienza del 10 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza ai sensi dell'art. 84 del d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Nel corso della procedura in questione il R.U.P., nella relazione del 10.12.2019, e con specifico riferimento alle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale (par. 2.3, lett. E del Bando di Gara e art. 9 Lettera di invito), ha ritenuto che *"Con riferimento al possesso dei requisiti di cui alla Sez. III, 2.3 lett. E del Bando di Gara, punti E/3 ed E/4, emerge che la Società PARCO LEONIDA s.r.l. si è avvalsa della facoltà prevista nel Bando di Gara secondo cui "i concorrenti, giusta art. 95-comma 2 del D.P.R. 207/2010, in alternativa ai requisiti previsti ai punti E/3 ed E/4), possono incrementare i requisiti previsti dai precedenti punti E/1 e E/2 nella misura del doppio". Tuttavia, dalla documentazione presentata si evince che è stato incrementato solo il requisito di cui al punto E/2 afferente il capitale sociale e non anche il requisito di cui al punto E/1 relativo al fatturato medio. Pertanto, considerato che l'integrazione circa la dichiarazione del possesso del requisito di cui al punto E/1 non è rispondente a quanto richiesto nelle note trasmesse ex art. 83 del D.Lgs. 50/2016 prot. 133026/07.09.2018 e n. 150801/09.10.2018/Servizio Appalti e Contratti, ne discende la mancata dimostrazione del possesso da parte della Società PARCO LEONIDA s.r.l. dei prescritti requisiti di capacità tecnica e professionale di cui alla Sez. III, 2.3., lett. E del Bando di Gara e art. 9 della Lettera di invito"*.

Quindi, preannunciata l'esclusione della ricorrente, le parti si sono accordate per richiedere all'ANAC parere in ordine al computo dei requisiti prescritti, parere poi espresso con la delibera impugnata.

Con il primo motivo del ricorso principale la ricorrente ha contestato che il comma 8 dell'art. 183 del d.lgs. 50/2016, che disciplina la qualificazione degli aspiranti concessionari nell'ambito del project financing, richiedendo ai partecipanti il

possesso dei requisiti del concessionario, consentirebbe comunque agli operatori economici – senza restrizioni legate alla forma di partecipazione assunta – di associare altri soggetti al fine di raggiungere, cumulando i requisiti, la soglia richiesta. Secondo la ricorrente la possibilità di aggregazione di soci finanziatori riguarderebbe non solo i consorzi, ma anche la categoria degli operatori economici di cui all'art. 45, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016, ove si consideri, sul piano letterale, l'uso del verbo “associando” all'interno del comma 8 dell'art. 183 del suddetto decreto, che consentirebbe la creazione di un rapporto associativo tra i soggetti interessati.

Il legislatore avrebbe poi garantito la stabilità e la qualificata professionalità del project financing mediante la presenza dei soci che hanno fornito i requisiti al soggetto proponente (cd. “soci qualificanti”) per tutta la durata dell'esecuzione dei lavori.

In merito l'art. 183, comma 8, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che «Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80»; il successivo comma 15 prevede che «I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8».

L'art. 95, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, con riferimento ai requisiti del concessionario, stabilisce che «i soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dall'articolo 40 del codice e dall'articolo 79, comma 7, del presente regolamento, con riferimento ai lavori direttamente eseguiti ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi: a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento; b) capitale

sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento; c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento; d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento»; ai sensi del comma 2 «In alternativa ai requisiti previsti dal comma 1, lettere c) e d), il concessionario può incrementare i requisiti previsti dal medesimo comma, lettere a) e b), nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra 1,5 volte e tre volte. Il requisito previsto dal comma 1, lettera b), può essere dimostrato anche attraverso il patrimonio netto».

L'ANAC, nel parere impugnato, ha evidenziato che la società proponente, Parco Leonida di Taranto, è una società a responsabilità limitata costituita sia da persone fisiche che giuridiche e che, in conformità all'art. 95, comma 2 citato, in assenza del possesso del requisito dello svolgimento di servizi affini a quello della gara in oggetto, ha ritenuto di poter sopperire alla mancanza di tale requisito dimostrando il possesso in misura doppia rispetto a quella prevista dalla *lex specialis* tanto del capitale sociale (patrimonio netto) quanto del fatturato medio, facendo riferimento al fatturato di tre operatori economici facenti parte della società.

Tuttavia, l'ANAC ha ritenuto che la società proponente Parco Leonida non potesse avvalersi dei requisiti dei propri soci, non essendo stato costituito allo scopo un raggruppamento temporaneo o consorzio, ed essendo la società a responsabilità limitata qualificabile come ordinario operatore economico, nel cui bilancio, autonomo rispetto a quello dei soci, non confluiscono i bilanci delle società partecipanti, con conseguente impossibilità per la stessa di usufruire dei requisiti necessari alla qualificazione richiesti dalla *lex specialis*.

Tale assunto risulta logico e coerente con il quadro normativo applicabile, sopra delineato.

Da un lato, infatti, l'art. 183, comma 8, del codice dei contratti pubblici richiede che il proponente nella procedura di project financing sia in possesso dei requisiti del concessionario; dall'altro l'art. 95 del d.P.R. n. 207/2010, Regolamento di esecuzione ed attuazione del precedente Codice dei contratti, a tale ultimo riguardo, rinvia ai requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 del codice e dall'articolo 79, comma 7, dello stesso d.P.R. n. 207/2010.

Ne consegue che la ricorrente, quale società a responsabilità limitata e, quindi, persona giuridica autonoma rispetto ai propri soci e dotata di autonomia patrimoniale perfetta, non può computare a tal fine il fatturato dagli stessi prodotto per cumularlo e raggiungere la soglia prevista dalle norme sopra citate.

Le società partecipanti alle gare sono infatti considerate dal legislatore, secondo quanto previsto dalla disciplina codicistica in materia, come aventi una soggettività unica e un patrimonio e un bilancio autonomi rispetto a quelli dei singoli soci, i quali non possono *sic et simpliciter* concorrere con i loro requisiti individuali alla formazione dei requisiti della società di cui fanno parte.

La possibilità di cumulare i requisiti è prevista dal Codice dei contratti pubblici solo nel caso di partecipazione alle gare dei soggetti associati, consorziati o raggruppati, nelle ipotesi previste dalle lettere dalla b) alla g) del comma 2 dell'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016.

Questo perché la costituzione di una delle forme associate previste consente di vincolare tutti i soggetti partecipanti nei confronti dell'Amministrazione al fine della corretta esecuzione del contratto, mediante l'assunzione della relativa responsabilità. Di contro una società a responsabilità limitata, quale è la ricorrente, sulla base dei comuni principi di matrice civilistica, costituisce una entità giuridica autonoma, che assume in proprio le responsabilità derivanti dalla stipula del contratto, escludendo che le singole imprese (o i soci individuali) che la compongono siano impegnati a tal fine in proprio; per tale ragione non può ritenersi che i requisiti tecnico-organizzativi

ed economico-finanziari dei singoli soci possano essere cumulati affinché la società a responsabilità limitata possa beneficiarne al fine di partecipare alla gara.

Nel caso del raggruppamento temporaneo o del consorzio ordinario, invece, le imprese che si associano o consorziano danno vita ad una entità giuridica che non assume completa autonomia rispetto ai singoli componenti, i quali mantengono intatta la loro soggettività anche nei rapporti con l'Amministrazione, di tal che, coerentemente con tale assetto, i requisiti e le capacità tecniche del singolo partecipante sono computati ai fini della verifica del rispetto dei requisiti per partecipare alla gara.

Alla luce di tali considerazioni deve ritenersi che l'utilizzo, nell'art. 183, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, del verbo "associare" debba essere inteso in senso tecnico, come riferito ad una delle ipotesi tipiche previste dall'art. 45 dello stesso decreto legislativo, e non sia, invece, idoneo a legittimare, mediante un'interpretazione lata di tale espressione, tutte le possibilità di associazione tra soggetti, anche al di là di quelle tipicamente individuate.

Né può sostenersi che l'art. 184, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, che subentra nel rapporto di concessione, deponga nel senso che nel contesto del project financing il contratto può essere eseguito e portato a termine dai soggetti che facevano parte dell'operatore aggiudicatario, i cui requisiti sono stati oggetto di valutazione, e che di conseguenza rileverebbero i requisiti di questi ultimi ai fini della partecipazione alla gara.

La ricorrente argomenta tale assunto facendo leva sul disposto del precedente art. 183, comma 19, che prevede che "i soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura

fino alla pubblicazione del bando di gara purché tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione”.

Tale disposizione, di contro, così come formulata, nulla dice sulla possibilità di computo dei requisiti di qualificazione, che comunque andranno verificati nel rispetto delle disposizioni del Codice al riguardo, ovvero dello stesso art. 183, comma 8, che rinvia ai requisiti previsti per il concessionario, di cui all’art. 95 del d.P.R. n. 207/2010, che a sua volta rimanda agli artt. 40 del vecchio Codice e 79 dello stesso d.P.R..

Di conseguenza, la mancanza *ab origine* dei requisiti previsti per la partecipazione alla procedura non può essere superata dalla successiva costituzione della società di progetto dopo l’aggiudicazione eventualmente con i soggetti dotati dei requisiti richiesti.

Il ricorso principale deve quindi essere respinto, stante l’infondatezza delle doglianze proposte.

Venendo all’esame dei motivi aggiunti, con il primo di essi la società ricorrente ha dedotto la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara.

La censura è infondata, in quanto dall’esame dei verbali prodotti dall’ANAC si evince che il plico contenente l’offerta è stato aperto nella prima seduta del 4 luglio 2018 alla presenza del legale rappresentante della Parco Cimiteriale Leonida s.r.l., mentre le successive sedute riservate hanno avuto luogo esclusivamente per l’esame delle integrazioni documentali pervenute.

Secondo l’orientamento consolidato della giurisprudenza in materia, costituisce ormai principio inderogabile in qualunque tipo di gara, quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti l’apertura e la verifica dell’integrità dei plichi contenenti l’offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l’offerta tecnica ovvero l’offerta

economica, di tal che, sotto tale profilo, il principio di pubblicità delle sedute risulta rispettato.

Quanto alla dedotta incompetenza, dovuta al fatto che il provvedimento di esclusione, in linea con il parere dell'ANAC, sarebbe stato emesso dal Dirigente del Settore LL.PP., e non dal RUP, si rileva che il provvedimento impugnato con i motivi aggiunti contiene, in una prima parte, la proposta del RUP, e, nella parte successiva, la determina del Dirigente, in pedissequo accoglimento della precedente proposta, e reca la sottoscrizione di entrambi i soggetti.

Anche tale censura risulta pertanto infondata.

Infine, con riferimento alla parte del provvedimento in cui il Dirigente – a fronte della proposta del RUP di rinnovare la procedura di gara – ha ritenuto necessario richiedere “... *all'organo competente apposito atto di indirizzo in ragione del già disposto pubblico interesse giusta delibera di Giunta n. 29 – 20.3.2012*”, si rileva che tale determinazione, di per sé, in quanto di natura meramente interlocutoria ed endoprocedimentale, non assume alcun contenuto lesivo nei confronti degli interessi della ricorrente.

La relativa doglianza deve pertanto ritenersi inammissibile.

In conclusione il ricorso e i motivi aggiunti devono essere respinti.

La peculiarità e novità della questione controversa giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge. Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2020 con l'intervento, in collegamento da remoto in videoconferenza, dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO