

Pubblicato il 13/12/2021

N. 01510/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00980/2021 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 Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 980 del 2021, proposto da Kam Costruzioni S.r.l., Q.I.D. Infissi S.r.l., ciascuna in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrett. Stato, domiciliataria *ex lege* in Venezia, piazza S. Marco, 63 (Palazzo *ex Rea*);

nei confronti

Rlc S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

C.A.A. S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione, *ex art.* 76 D.Lgs. n. 50/2016, del 13.9.2021, a carico del R.T.I. ricorrente Kam Costruzioni S.r.l.- Q.D.I. Infissi S.r.l., inerente

l'appalto ID. INIZIATIVA 2854466- 21-242-R-PN- VILLAFRANCA- di sola esecuzione per i lavori di realizzazione APOD/ATOC presso l'aeroporto militare di Villafranca di Verona (VR), CIG 8862837476, CUP D34H15001910001, Codice CPV Principale 45213331-2, a firma del P.O. Roberto Tatoni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Rlc S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2021 la dott.ssa Daria Valletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo del giudizio la KAM COSTRUZIONI S.R.L. ha dedotto di essere stata invitata a partecipare alla gara di appalto “21-242-R-PN-VILLAFRANCA” avente ad oggetto i lavori di realizzazione “APOD/ATOC” presso l'aeroporto militare di Villafranca di Verona; la società partecipava quale capogruppo mandataria in costituendo RTI con la mandante Q.I.D. Infissi S.r.l.

La ricorrente ha, altresì, dedotto che in data 13.9.2021 la stazione appaltante comunicava l'esclusione del R.T.I. dalla suddetta procedura di affidamento: avverso tale provvedimento e gli ulteriori atti presupposti indicati in ricorso, sono stati articolati i seguenti motivi di impugnazione:

1) con il primo motivo si lamenta che il provvedimento di esclusione si fonderebbe sulla mera formalità della mancata registrazione della mandante Q.I.D. Infissi S.r.l. alla piattaforma ME.PA. della Consip S.p.A, nonostante il possesso, in capo alla mandante, del requisito sostanziale inerente la categoria specialistica OS18-B richiesta dalla *lex specialis* di gara: ciò, peraltro, a dispetto del fatto che, nell'ambito di applicazione dell'art. 1 del Capitolato

d'oneri Consip (per l'abilitazione degli operatori economici alla categoria di lavori di Manutenzione Opere specializzate al ME.PA.), non rientrerebbe, ai fini della registrazione alla piattaforma ME.PA., la categoria specialistica OS18-B;

il provvedimento sarebbe, dunque, affetto da violazione di legge, nonché da contraddittorietà, in quanto l'art. 15 del disciplinare di gara, nel disciplinare la partecipazione in RTI, al punto 15.2.2 sussunto sotto la rubrica "IMPRESA MANDANTE/CONSORZIATA" non prevedrebbe, nello specifico, la causa di esclusione per la mancata abilitazione al MEPA;

2) con il secondo motivo si lamenta, inoltre, che l'art. 15 del disciplinare violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione *ex art.* 83, comma 8, D.Lgs. cit., giacché l'obbligo di registrazione alla piattaforma ME.PA. costituirebbe un adempimento meramente formale che non integra né supplisce i requisiti speciali tecnico professionali previsti dall'art. 83, comma 3, D.Lgs. 50/2016, posseduti sostanzialmente nel loro complesso dal RTI ricorrente, e in particolare dalla mandante Q.I.D. Infissi S.r.l., imponendo così un adempimento che si risolverebbe in un ostacolo alla partecipazione alla gara, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza.

Parte ricorrente ha poi domandato, in via subordinata e laddove non risultasse possibile il risarcimento in forma specifica, il riconoscimento del risarcimento danni per equivalente.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente, eccependo preliminarmente l'incompetenza per territorio del Tar adito, essendo stati impugnati due atti – Regolamento Consip S.p.A. e capitolato d'oneri Consip S.p.A. – aventi efficacia ultraregionale e natura di atti generali, che sarebbero stati adottati da un ente avente sede in Roma. Nel merito, ha chiesto la reiezione del ricorso.

Anche la società controinteressata, del pari costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto del gravame.

Con ordinanza in data 14 ottobre 2021 il Collegio ha accolto la domanda cautelare proposta dalla parte ricorrente.

All'udienza pubblica in data 2 dicembre 2021, all'esito della discussione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso merita accoglimento, non essendo ravvisabili ragioni che giustificano il discostamento da quanto il Collegio ha già ritenuto in sede cautelare.

Preliminarmente, quanto all'eccezione di incompetenza per territorio del Giudice adito, occorre ribadire che la stessa risulta destituita di fondamento, in quanto l'impugnazione dell'art. 51, comma 4, del Regolamento Consip S.p.A. e dell'art. 2 del capitolato d'onori Consip S.p.A. è stata proposta dalla parte ricorrente *“ove occorrer possa, se ed in quanto lesivi dell'interesse del RTI ricorrente”* e per il solo caso in cui le disposizioni citate vengano interpretate come impositive di una specifica causa di esclusione dalla gara (circostanza che, per quanto si dirà, deve escludersi).

Nel merito, risulta fondato il secondo motivo di gravame, con il quale si lamenta la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla competizione.

Ed infatti, il raggruppamento ricorrente è stato escluso dalla partecipazione alla gara di appalto in commento in ragione della previsione dell'art. 15 del disciplinare, disposizione che imponeva a tutti gli operatori partecipanti alla procedura in forma associata di essere abilitati al Me.PA. al momento della presentazione dell'offerta, pena l'esclusione dal procedimento (*cf.* all. 4 della produzione di parte ricorrente): nel caso di specie, la mandante Q.I.D. Infissi S.r.l. non risultava aver dato corso a detta iscrizione.

Occorre, in proposito, rilevare che la previsione del disciplinare richiamata non corrisponde alla lettera dell'art. 51, comma 4, del regolamento e dell'art. 2 del capitolato d'onori della Consip, già citati, che non indicano che tale formalità debba essere rispettata a pena di esclusione dalla procedura di selezione: si tratta, dunque, di una disposizione che non trae fondamento da

nessuna previsione del codice dei contratti pubblici, né da altre disposizioni di legge vigenti.

Appare opportuno evidenziare che la stazione appaltante non ha dedotto che alla mancata ottemperanza a tale prescrizione, di carattere formale, corrisponda anche una carenza, sul piano sostanziale, dei requisiti di partecipazione alla gara, essendo, al contrario, pacifico tra le parti il possesso in capo alla mandante della categoria specialistica OS18-B (attestata da certificato SOA); neppure è stato evidenziato che l'omissione in parola ha impedito all'Amministrazione di effettuare i controlli dovuti, ovvero di consultare la documentazione prodotta dal raggruppamento: il provvedimento di esclusione è infatti motivato solo in riferimento alla mancata abilitazione al Me.Pa. della Q.I.D. srl (solo nel corso del giudizio è stato dedotto che da tale circostanza è conseguita altresì la non corretta osservanza della procedura prevista dal sistema informatico per la presentazione dell'offerta in forma associata).

Ritiene il Collegio che l'esclusione dalla gara in mancanza dell'adempimento di carattere formale in discorso, siccome previsto dall'art. 15 del disciplinare, integri una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, posto dall'art. 83, comma 8, c.c.p.

Nell'esaminare una fattispecie sovrapponibile a quella qui in considerazione la giurisprudenza ha, infatti, osservato: *“Con questo provvedimento (nota di prot. n. 20296 del 24 aprile 2017) la Provincia di Avellino ha confermato l'esclusione dell'odierna appellante, per avere fatto ricorso ad un'ausiliaria (Arca costruzioni s.r.l.) non ammessa al sistema di e-procurement della pubblica amministrazione (mercato elettronico della pubblica amministrazione – Me.PA) organizzato dalla Consip s.p.a., nell'ambito del quale si colloca la presente procedura di gara.*

10. Senonché anche con riguardo a tale ulteriore ragione di esclusione dalla gara devono essere accolte le censure della Edil Forte volte ad evidenziarne l'illegittimità.

Innanzitutto perché non prevista dalla lettera di invito. In secondo luogo perché in ogni caso, quand'anche fosse ravvisabile, nemmeno conforme al principio di tassatività delle cause di esclusione, ribadito nel nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 83, comma 8, e di certezza e trasparenza nelle procedure di affidamento di tali contratti, affermato a livello euro-unitario (sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 2 giugno 2016, C-27/15)" (cfr. Cons. St., nr.5687/2017).

Ancora, più di recente, è stato affermato: *"La previsione della iscrizione del concorrente al MEPA, quale requisito necessario per comprovare il possesso di una determinata idoneità professionale, integra una clausola impositiva di un obbligo contra ius, siccome violativa del sistema di qualificazione professionale previsto dal combinato disposto del comma 1, lett. a), e del comma 3 dell'art. 83 D. Lgs. n. 50/2016, richiamato in premessa.*

8.2. Come chiarito dalla recente giurisprudenza, nell'impostazione del nuovo codice degli appalti l'iscrizione camerale è assurta a requisito di idoneità professionale, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma.

8.3. Proprio con riferimento a tale iscrizione (e non già con riferimento alla iscrizione al MEPA, come invece addotto dall'Amministrazione convenuta nel provvedimento impugnato), la giurisprudenza ha riconosciuto che la sua utilità sostanziale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (in tal senso Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, 5257) ed ha aderito ad "un'interpretazione doverosamente teleologico-funzionale, delle previsioni circa il possesso dei requisiti della partecipante, piuttosto che su di una (interpretazione) meramente formale" (in tal senso Cons. Stato, sez. V, sent. 120 del 18.01.2016, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257).

9. A fronte del valore legalmente riconosciuto alla iscrizione camerale, il Mercato Elettronico - secondo la definizione che ne offre il Codice dei Contratti - si pone invece come “uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo, basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica” (v. art. 3, comma 1, lett. bbbb).

9.1. L'art. 36, comma 6, dello stesso codice prevede, in relazione ai contratti sotto soglia, che “le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni”.

9.2. Trattasi, come è evidente, di un sistema telematico del tutto innovativo nella realtà del nostro ordinamento giuridico, che coniuga le esigenze delle amministrazioni alle dinamiche del mercato, in un'ottica di massima trasparenza ed efficacia delle iniziative di acquisto di beni e di servizi.

9.3. Ed invero, secondo condivisibile giurisprudenza, lo strumento del MEPA è stato concepito nel nostro ordinamento al fine di assicurare “la semplicità e la celerità delle procedure concorsuali, nonché la maggiore economicità, consentendo di ampliare la platea dei fornitori e riducendo, al contempo, i tempi e i costi della procedura concorsuale” (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 2199; T.A.R. Puglia - Lecce, 11 dicembre 2017, n. 1949).

9.4. L'iscrizione al MEPA, quindi, non surroga, né integra, il sistema di qualificazione professionale delle imprese, ma fornisce agli operatori economici la possibilità di interagire con le stazioni appaltanti pubbliche, secondo criteri di semplificazione e di tracciabilità, su una piattaforma digitale, alla quale peraltro - come emerge dagli atti del processo - è possibile accreditarsi attraverso un procedimento di abilitazione fondato su dati

autocertificati dalla stessa impresa richiedente l'abilitazione" (cfr. Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 7 aprile 2021, nr. 530).

Sebbene nella fattispecie esaminata nella decisione da ultimo citata, il bando risultava espressamente formulato nel senso di prevedere l'iscrizione del concorrente al MEPA quale requisito necessario per comprovare il possesso di una determinata idoneità professionale, risultano estensibili al caso qui in commento le considerazioni svolte circa la funzione alla quale nel nostro ordinamento assolve lo strumento del Me.Pa.

Conclusivamente, il Collegio ritiene che l'esclusione dalla gara disposta in forza del solo mancato adempimento formale dell'iscrizione alla piattaforma telematica di una delle imprese incluse nel raggruppamento (senza che neppure fosse stata preliminarmente attivata, sia detto in via incidentale, qualche forma di invito alla regolarizzazione) risulti contrastante con il principio di tassatività, il cui rispetto è imposto dall'art. 83, comma 8, c.c.p. in riferimento a tutte le "prescrizioni" previste a pena di esclusione.

3. Da quanto precede consegue l'accoglimento del ricorso e l'annullamento del provvedimento di esclusione gravato.

Quanto al regolamento delle spese di lite, il Collegio ritiene che il carattere di novità delle questioni esaminate suggerisca di procedere alla relativa compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento del 13.9.2021 di esclusione della parte ricorrente dalla gara di appalto di lavori per l'aeroporto militare di Villafranca di Verona.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Daria Valletta, Referendario, Estensore

Mariagiovanna Amorizzo, Referendario

L'ESTENSORE

Daria Valletta

IL PRESIDENTE

Alberto Pasi

IL SEGRETARIO