

Massima: *Non poteva, pertanto, la legge di gara stabilire l'esclusione di quei consorzi nei quali i requisiti di partecipazione (nella specie: l'iscrizione al REN) fossero posseduti dalle singole consorziate e non anche dal consorzio medesimo. Simile ragione di esclusione, in quanto contraria alla legge ed esorbitante dal catalogo tipico delle clausole escludenti, quali previste dal Codice del 2016 e dalle altre leggi vigenti, è affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 5, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (ratione temporis vigente).*

Consiglio di Stato n. 9277 del 27/10/2023



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4684 del 2023, proposto da Scia- Consorzio Italiano Autoservizi s.r.l., in relazione alla procedura CIG 964422061C, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Ada Negri, 32;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sardegna, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma,

previa sospensione cautelare,

anche *inaudita altera parte,*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00382/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sardegna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2023 il Cons. Antonino Masaracchia e preso atto della richiesta di passaggio in decisione depositata in atti dall'Avv. Rossi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La società Scia– Consorzio Italiano Autoservizi s.r.l., odierna appellante, ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica, indetta dall'Autorità di sistema portuale del Mare di Sardegna e svoltasi nel 2023, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto con sistema di bus navetta per i passeggeri del porto di Porto Torres (SS), avente durata di ventiquattro mesi (con opzione per un ulteriore periodo di uguale durata).

L'offerente, tuttavia, è stata esclusa dalla procedura per mancato possesso del requisito di idoneità professionale (richiesto dal disciplinare di gara, al punto 6.1) consistente nell'iscrizione al Registro Elettronico Nazionale (REN): in base alla legge di gara, tale requisito doveva essere posseduto “*dal consorzio e dai consorziati indicati come esecutori*” (punto 6.5 del disciplinare). Nel caso di specie, come rilevato nel verbale del seggio di gara del 5 maggio 2023, il requisito in questione era bensì

posseduto dalle consorziate indicate dall'offerente quali esecutrici, ma non anche dal consorzio stesso.

Il consorzio escluso ha quindi presentato ricorso dinnanzi al TAR Sardegna, impugnando, oltre al provvedimento di esclusione, anche la menzionata clausola del disciplinare. Il giudizio di primo grado, tuttavia, è stato dichiarato inammissibile dal TAR, con sentenza 29 maggio 2023, n. 382, a cagione dell'omessa tempestiva impugnazione della clausola escludente, giudicata immediatamente ostativa all'ammissione in gara.

Con l'appello in esame, quindi, il consorzio offerente, soccombente in primo grado, ha chiesto l'integrale riforma della sentenza del TAR, previa sua sospensione cautelare, anche *inaudita altera parte*, deducendone l'ingiustizia e l'erroneità, sia perché "la prescrizione contenuta nell'art. 6.5. del disciplinare di gara ben poteva essere interpretata e conseguentemente applicata in senso non preclusivo alla partecipazione del Consorzio Stabile" (con richiamo alla regola del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 47, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, come, da ultimo, interpretato autenticamente dall'art. 225, comma 13, del d.lgs. n. 36 del 2023), sia perché la clausola in questione del disciplinare avrebbe dovuto essere intesa "quale *clausola immediatamente escludente c.d. atipica*, tenuto conto della disciplina dei Consorzi Stabili", come tale parzialmente nulla, per violazione della richiamata norma di legge, nella parte in cui ha imposto il requisito di partecipazione anche in capo al consorzio: essa dunque, a norma dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, "è da intendersi come non apposta a tutti gli effetti di legge, quindi improduttiva di effetti e *tamquam non esset*, sicchè non sussisteva alcun onere di doverla impugnare immediatamente, salvo che con gli atti conseguenti che ne abbiano fatto applicazione".

2. – Con decreto 31 maggio 2023, n. 2213, il Presidente di questa Sezione ha respinto la domanda di misure cautelari monocratiche, non ritenendone sussistenti i relativi presupposti.

3. – Si è quindi costituita in giudizio, con atto di mero stile, l’Autorità di sistema portuale del Mare di Sardegna, rappresentata e difesa dall’Avvocatura Generale dello Stato, la quale, tuttavia, non ha svolto alcuna difesa nel corso del presente giudizio di appello.

4. – Con ordinanza 16 giugno 2023, n. 2443, questa Sezione ha accolto la domanda cautelare dell’appellante, apprezzando il *fumus boni iuris* delle sue censure, nonché le ragioni di *periculum in mora* stante l’imminente apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche, per l’effetto sospendendo l’esecutività della sentenza gravata “ai fini della riammissione in gara del consorzio appellante”.

5. – In vista della pubblica udienza di discussione, l’appellante ha svolto difese con memoria depositata il 26 settembre 2023, ribadendo le proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 12 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. – L’appello è fondato.

Coglie nel segno la censura con la quale l’appellante ha evidenziato l’erroneità della sentenza di prime cure, laddove questa ha dichiarato l’inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata tempestiva impugnazione della clausola di cui all’art. 6.5 del disciplinare.

Il TAR ha omesso di considerare il vizio di nullità che inficia tale clausola, in quanto contrastante con la previsione dell’art. 47, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016 che, per i consorzi stabili di impresa, ammette la possibilità del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti di partecipazione. Non poteva, pertanto, la legge di gara stabilire l’esclusione di quei consorzi nei quali i requisiti di partecipazione (nella specie: l’iscrizione al REN) fossero posseduti dalle singole consorziate e non anche dal consorzio medesimo. Simile ragione di esclusione, in quanto contraria alla legge

ed esorbitante dal catalogo tipico delle clausole escludenti, quali previste dal Codice del 2016 e dalle altre leggi vigenti, è affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 5, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (*ratione temporis* vigente).

Deve ricordarsi, sul punto, che, in linea generale, la nullità, quale conseguenza della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni, ai fini della ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti pubblici o nelle altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente – quale conseguenza – l'esclusione dalla gara, impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto – in tal senso, della Sezione, cfr. le sentenze n. 3452 del 2022 e n. 7257 del 2020).

Essendo nulla ed improduttiva di effetti, detta clausola non andava semplicemente applicata né dal seggio di gara né, eventualmente, dal giudice e ciò, senza che fosse necessaria la sua impugnazione da parte dell'offerente esclusa. Non è condivisibile, sul punto, l'affermazione della sentenza gravata (punto 20) secondo cui il rilievo della nullità, pur avanzato da parte appellante già in primo grado, non supererebbe *“il rilievo che la clausola del bando era perfettamente definita e insuscettibile di varia interpretazione nei suoi contorni di operatività”*. Ad assumere rilievo, ai fini della definizione della presente controversia, non è infatti la perentorietà lessicale della clausola – invero, del tutto chiara nel suo significato potenzialmente escludente – ma è, come prima evidenziato, la sua nullità nella parte in cui impone il possesso del requisito di partecipazione in capo al consorzio stabile (oltre che alle singole imprese consorziate).

Del resto, secondo la giurisprudenza della Sezione, il consorzio stabile è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese

associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “cumulo alla rinfusa”. Quest’ultimo, secondo l’approdo pacifico della giurisprudenza (cfr. Adunanza plenaria n. 5 del 2021), viene individuato nella possibilità, per i consorzi stabili, di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, pur dovendosi precisare che, in caso di partecipazione alla gara, è necessaria la verifica dell’effettiva esistenza, ma comunque in capo ai singoli consorziati, dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis* (da ultimo, della Sezione, cfr. la sentenza n. 9752 del 2022).

7. – In riforma della sentenza gravata, pertanto, il ricorso di primo grado deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti di esclusione impugnati. Per l’effetto, l’odierna appellante – la quale, comunque, non ha avanzato domanda di inefficacia del contratto, eventualmente già stipulato, né domanda di subentro, ai sensi degli artt. 121 ss. cod. proc. amm. – va riammessa in gara, non risultando agli atti l’avvenuta conclusione del relativo procedimento.

Le spese del doppio grado possono, comunque, essere compensate tra le parti, avuto riguardo al complessivo andamento del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, definitivamente pronunciando,

Accoglie il ricorso in epigrafe e, per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso presentato in primo grado, nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2023 con l’intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonino Masaracchia

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis