

Pubblicato il 20/12/2019

**N. 02234/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00229/2019 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 229 del 2019, proposto dalla società -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Maria Bisceglia, Sara Pedace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Maria Bisceglia in Napoli, via G. Melisurgo, 4;

contro

il Comune di Angri, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bifulco e Rosaria Violante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione -OMISSIS- con cui il RUP ha annullato la determinazione -OMISSIS- di presa d'atto della costituzione della società di Progetto -OMISSIS- s.c.a.r.l.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Angri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2019 la dott.ssa Angela Fontana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame, la ricorrente ha impugnato il provvedimento in autotutela adottato dal comune di Angri ed avente ad oggetto l'annullamento della determinazione con la quale era stata affidata alla società -OMISSIS- – società di progetto costituita tra le imprese -OMISSIS– la gestione del servizio di progettazione, realizzazione e gestione di un intervento per l'adeguamento dell'impianto di pubblica illuminazione con apporto di capitali privati.

A fondamento della detta determinazione, l'amministrazione ha evidenziato che la società -OMISSIS-non era in possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) per essersi resa responsabile di "grave illecito professionale" in altra procedura di affidamento che aveva determinato la risoluzione anticipata del contratto.

2. Tale provvedimento è stato impugnato dalla società -OMISSIS-con tre motivi di ricorso nei quali è dedotta per più versi la violazione dell'art. 184 del codice degli appalti, nonché il vizio di eccesso di potere, sotto vari profili sintomatici.

Con il primo motivo, la ricorrente deduce che la stazione appaltante non sarebbe titolare del potere di autorizzare il subentro della società di progetto costituita dall'aggiudicatario, in quanto l'art. 184 del codice degli appalti, espressamente esclude che il subentro sia sottoposto ad atto di autorizzazione da parte dell'amministrazione.

Con il secondo motivo di ricorso, è dedotta la violazione dell'art. 184 e dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti, poiché la circostanza che la ricorrente si sia resa responsabile di un illecito professionale non potrebbe

rilevare ai fini dell'annullamento del contratto di gestione della concessione concluso dalla stessa con il comune di Angri.

Nella specie, infatti, il ruolo della società ricorrente nei confronti del comune non corrisponderebbe a quello di una aggiudicataria né di una concessionaria. Essa sarebbe semplicemente socio di capitale della società di progetto costituita dal -OMISSIS-s.c.a.r.l. aggiudicatario dell'appalto/concessione in parola.

Con il terzo motivo, deduce la ricorrente che il provvedimento impugnato sia viziato da eccesso di potere nella parte in cui si è ritenuto, quale causa dell'esercizio del potere di annullamento, la impossibilità di continuare il rapporto con la società di progetto “-OMISSIS- s.c.a r.l.” in ragione della illegittimità della composizione della società di progetto.

3. Si è costituita l'amministrazione resistente eccependo in via preliminare la inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice adito, nonché la irricevibilità per tardività della impugnativa.

Nel merito, l'amministrazione ha chiesto che il ricorso sia respinto.

Alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Ritiene il Collegio che non sia fondata la prospettata eccezione di inammissibilità del gravame per difetto di giurisdizione del giudice adito.

Per le controversie in materia di pubblici servizi, categoria alla quale è riconducibile la controversia in esame, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base all'art. 133, co. 1, lett. c), del c.p.a., fatta salva la devoluzione al giudice ordinario delle sole cause riguardanti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Per il resto, ritiene il Collegio che si possa prescindere dall'esame delle altre eccezioni in rito formulate dal comune di Angri, in quanto il ricorso, nel merito, è infondato.

4.1 I tre motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente, data la loro evidente connessione.

Ritiene il Collegio che essi siano privi di pregio.

Trattandosi di un procedimento per l'affidamento di una concessione, deve essere in primo luogo richiamato il disposto dell'art. 164, comma 2, del codice dei contratti, il quale, dispone che: *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”*.

L'art. 184, comma 1, del codice dei contratti dispone, poi, che: *“1. Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere 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. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all'articolo 183. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione ((della società sia)) un obbligo dell'aggiudicatario.”*

Dalla lettura testuale della disposizione si evince che la società di progetto, costituita ai sensi del citato art. 184, “diviene concessionaria” del servizio.

Se così è, deve essere valutata nei confronti della concessionaria la sussistenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla legge nei procedimenti di aggiudicazione e deve essere valutato il ruolo che assumono, rispetto alla

amministrazione, i soggetti, persone fisiche o persone giuridiche, che compongono la società di progettazione.

Rileva, ai fini della soluzione della controversia in esame, dunque, quanto disposto dall'art. 174, comma 2, del codice dei contratti pubblici a norma del quale: *“(...) 2. Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 184, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 184”*.

Dalla lettura della disposizione si evince che, diversamente da quanto prospettato da parte della ricorrente, non potendosi considerare “terzi” i soci della società di progettazione, i requisiti di partecipazione ovvero di ammissione devono essere verificati anche in capo ad essi.

La norma, peraltro, risponde alla chiara esigenza di assicurare che l'affidamento delle concessioni venga effettuato nei confronti di soggetto in possesso dei requisiti previsti dalla legge al fine di scongiurare il rischio che lo schema societario favorisca la elusione delle regole che presidiano le dette procedure di affidamento, elusione a maggior ragione prospettabile nel caso in cui il socio di maggioranza ha pressoché la totalità delle quote dell'offerente ed è egli proprio il soggetto privo dei requisiti di affidabilità specificati nell'art. 80, comma 5, lett. c).

4.2 Ciò posto, risulta infondata la deduzione della ricorrente relativamente alla estraneità della società - facente parte della società di progettazione - da qualsiasi rapporto di natura pubblicistica con l'amministrazione aggiudicataria ed altresì risulta priva di rilevanza la censura relativa alla insussistenza in capo alla amministrazione stessa del potere “di autorizzare” il subentro della società di progettazione nella concessione a suo tempo affidata al Consorzio - OMISSIS-.

L'attività di verifica in capo ai soci della società di progettazione dei requisiti di partecipazione alla gara sanciti dall'art. 80 del codice degli appalti, infatti,

non riguarda – in disparte del nome che allo specifico procedimento viene dato dall'amministrazione – il subentro nel rapporto concessorio, ma costituisce per l'amministrazione aggiudicatrice l'esercizio doveroso di un potere vincolato.

5. Per le ragioni che precedono, il ricorso va respinto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 229 del 2019, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento nei confronti del Comune di Angri delle spese del presente giudizio che liquida in complessivi euro 2.000,00 (duemila), oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento dei dati che consentono di individuare la società ricorrente.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Angela Fontana, Primo Referendario, Estensore

Fabio Maffei, Referendario

L'ESTENSORE
Angela Fontana

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.