

N. 04278/2011REG.PROV.COLL.
N. 01480/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1480 del 2011, proposto da:

Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), società cooperativa, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea con Demont Ambiente s.r.l., Consorzio ravennate delle cooperative di produzione e lavoro, società cooperativa, Sabesa s.p.a., Naval Service s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo Studio legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Provveditorato interregionale per le opere pubbliche in Campania e Molise, Commissario di Governo per la bonifica e tutela delle acque nella Regione Campania, Settore bonifiche e acque, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati per legge presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione VIII, n. 27551/2010, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO DELL'APPALTO PER LA RIMOZIONE DELLA
COLMATA A MARE E BONIFICA DEI FONDALI DELL'AREA
BAGNOLI-COROGGIO DEL COMUNE DI NAPOLI

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle infrastrutture e dei trasporti Provveditorato interregionale per le opere pubbliche in Campania e Molise, Commissario di Governo per la bonifica e tutela delle acque nella Regione Campania, Settore bonifiche e acque;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2011 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti l'avvocato Ruggiero per delega dell'avv. Sanino e l'avvocato dello Stato Basilica;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, rubricato al n. 6337/2010, Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), società cooperativa, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea con Demont Ambiente s.r.l., Consorzio ravennate delle cooperative di produzione e lavoro, società cooperativa, Sabesa s.p.a., Naval Service s.r.l., impugnava il provvedimento in data 9 novembre 2010 con il quale la commissione di gara per la procedura di affidamento dell'appalto per la rimozione della colmata a mare e bonifica dei fondali dell'area Bagnoli – Coroglio del Comune di Napoli l'aveva esclusa dalla procedura e la lettera di invito,

punto 7, nella parte in cui è stata interpretata nel senso che gli unici metodi per comprovare la disponibilità dei mezzi d'opera marittimi e terrestri sono costituiti dalla proprietà e dall'avvalimento nonché, con motivi aggiunti, la nota n. 25826 in data 24 novembre 2010 con la quale il Provveditorato interregionale alle opere pubbliche ha rigettato l'istanza ex art. 243 bis del codice degli appalti-

La ricorrente lamentava violazione del principio del *favor participationis*, ambiguità ed incertezza della lettera d'invito, sua manifesta illogicità e del provvedimento di esclusione, violazione dell'art. 2 del codice degli appalti, violazione dell'art. 18 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 , violazione dei principi in materia di qualificazione degli esecutori di opere pubbliche. Chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Con la sentenza in epigrafe, n. 27551 in data 16 dicembre 2010, il Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), società cooperativa, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea con Demont Ambiente s.r.l., Consorzio ravennate delle cooperative di produzione e lavoro, società cooperativa, Sabesa s.p.a., Naval Service s.r.l., propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 1480/11, contestando le argomentazioni che ne costituiscono il presupposto e chiedendo il suo rigetto.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura generale dello Stato per le Amministrazioni intimato, chiedendo il rigetto dell'appello.

Quest'ultimo è stato assunto in decisione alla pubblica udienza del 24 giugno 2011.

3. L'appello è fondato.

Il raggruppamento del quale è mandataria l'appellante Consorzio Cooperative Costruzioni ha partecipato alla gara d'appalto di cui al

paragrafo 1, venendo esclusa per violazione del punto 7 della lettera d'invito, nella parte in cui impone ai partecipanti di dimostrare la disponibilità dei mezzi d'opera marittimi e terrestri necessari per l'esecuzione dell'appalto esclusivamente per proprietà o avvalimento ai sensi dell'art. 49, comma 6, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; l'appellante, infatti, dispone di alcuni dei mezzi marittimi necessari con contratto di noleggio.

Essa sostiene che la normativa di gara (bando, norme integrative e capitolato speciale prestazionale) prevedono la necessaria disponibilità per proprietà o avvalimento dei soli mezzi necessari per il trasporto dei materiali di risulta dallo scavo a Piombino, mentre i mezzi necessari per i lavori in rada possono essere detenuti anche per contratto di noleggio.

Sostiene l'appellante che la clausola della lettera di invito sulla cui base la stazione appaltante ha disposto la sua esclusione è quindi illegittima per violazione della normativa di gara, ovvero deve essere interpretata in senso conforme alla stessa.

Osserva il Collegio che l'odierna appellante con il ricorso di primo grado ha univocamente impugnato la lettera di invito, nella parte sulla cui base è stata disposta la sua esclusione.

Il fatto è stato trascurato dal primo giudice, che non ha motivato al riguardo.

E' vero che l'argomentazione dell'odierna appellante si basa soprattutto sul denunciato errore di interpretazione della clausola, ma la stessa doglianza può essere agevolmente interpretata come denuncia della sua illegittimità, come reso palese, appunto, dall'impugnazione espressamente proposta al riguardo.

In tali termini, l'impugnazione è fondata.

E' bene premettere che l'impugnato punto 7 della lettera di invito, a pag. 5 univocamente impone la disponibilità in proprietà o in avvalimento di tutti

i mezzi navali necessari per l'esecuzione del contratto in quanto espressamente elenca le lavorazioni per le quali i medesimi sono necessari.

All'elencazione è premesso che occorre presentare "apposita attestazione di avere la disponibilità (in proprietà o in avvalimento) per tutta la durata dei lavori dei mezzi marittimi idonei a eseguire le lavorazioni previste nell'appalto". Segue l'elencazione delle lavorazioni, fra le quali la lettera di invito non opera distinzioni.

Il suddetto enunciato è contrario alle disposizioni della normativa di gara.

Queste ultime sono contenute nelle norme integrative al bando di gara e nel capitolato speciale prestazionale.

Il primo testo si limita ad indicare che il requisito della disponibilità dei mezzi marittimi può essere assolto mediante avvalimento.

Il capitolato speciale prestazionale è invece specifico. Alle pagine 11 – 12 elenca le lavorazioni per le quali è necessaria la disponibilità di mezzi marittimi e solo alla lettera c), relativa al trasporto a Piombino dei sedimenti precisa che i mezzi ivi considerati devono essere di proprietà del partecipante ovvero essere a sua disposizione per avvalimento.

La precisazione è univocamente relativa solo ai lavori di cui alla lettera c), in quanto ricompresa nel corpo di quest'ultima e non ripetuta nelle altre; giova precisare inoltre che anche la successiva lett. d) tratta di mezzi navali, in questo caso necessari per il monitoraggio ambientale, senza ripetere la precisazione e senza farvi riferimento.

La precisazione, dettata in chiusura della lettera c), che si trova all'interno del paragrafo, non può, pertanto, essere riferita anche alle lettere che la precedono e la seguono.

Il capitolato quindi univocamente impone il possesso dei mezzi navali in proprietà o avvalimento solo in relazione al trasporto dei materiali a Piombino.

L'appellante offre anche una spiegazione della differenza di disciplina fra i

diversi casi di utilizzo dei mezzi navali, rilevando che il trasporto dei materiali a Piombino costituisce servizio, per il quale occorre dimostrare il possesso delle necessarie attrezzature tecniche (art. 42 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Le altre prestazioni attengono invece a lavori, per i quali l'affidabilità tecnica è dimostrata mediante l'attestazione della S.O.A..

Tale argomentazione non è contestata dalla parte appellata.

Osserva, in conclusione, il Collegio che la lettera di invito contiene una disciplina dei requisiti di ammissione alla procedura più restrittiva di quella prevista dal bando, o meglio dalle sue norme integrative.

Deve essere poi osservato che la stazione appaltante non propone alcuna giustificazione del suddetto contrasto.

Torva quindi applicazione il principio, affermato da Cons. Stato, V, 29 marzo 2004, n. 1660, secondo cui in tema di gare pubbliche, nel caso di contrasto tra il bando e la lettera di invito, prevale il primo, quale *lex specialis* della selezione concorsuale, non modificabile mediante lettera d'invito (nello stesso senso C.G.A., 18 maggio 2005, n. 349, Cons. Stato, II, 7 marzo 2001, n. 149/01).

4. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, accolto il ricorso di primo grado, per l'effetto annullando l'impugnata clausola della lettera d'invito e l'esclusione del raggruppamento di cui è mandataria l'odierna appellante.

Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 1480/11, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso di primo grado, per l'effetto annullando l'impugnata clausola della lettera d'invito e l'esclusione del raggruppamento di cui è mandataria l'odierna appellante.

Condanna l'Amministrazione soccombente al pagamento, in favore dell'appellante, di spese ed onorari del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/07/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)