

**N. 01197/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00569/2012 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 569 del 2012, proposto da:

Edil Atellana soc. coop., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con la Lande s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Corrado Diaco, Daniele Marrama, con domicilio eletto presso Corrado Diaco in Napoli, via dei Mille n.40;

contro

Comune di Napoli in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Romano, Giuseppe Tarallo, Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Eleonora Carpentieri, Bruno Crimaldi, Annalisa

Cuomo, Anna Ivana Furnari, Giacomo Pizza, Anna Pulcini, Bruno Ricci, con domicilio eletto presso Giuseppe Tarallo in Napoli, Avv. Municipale - p.zza S. Giacomo;

nei confronti di

Ing. C. Coppola Costruzioni s.p.a., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con la Graded s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Valentino, con domicilio eletto presso Francesco Valentino in Napoli, via dei Mille, 16; Progettisti Corvino + Multari S.r.l., Carmine Ing. Mascolo, Gioacchino Ing. Forzano, Angelo Ing. Martino;

per l'annullamento

DETERMINA DIRIGENZIALE N. 1 DEL 17/01/2012 AVENTE AD OGGETTO L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELLA "PROCEDURA RISTRETTA PER LA PROGETTAZIONE ESECUTIVA E LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE PREVISTE DAL PROGETTO DEFINITIVO DEL III STRALCIO DI ATTUAZIONE DELL'INTERVENTO DI EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA COMPRESO NEL SUB-AMBITO 7 DEL P.R.U. DI PONTICELLI, PER N. 156 ALLOGGI".

Visti il ricorso principale e i relativi allegati;

Visti il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Napoli in persona del Sindaco p.t. e di Ing. C. Coppola Costruzioni s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori

come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, la Edil Atellana soc. coop., in proprio e in qualità di mandataria della costituenda ATI con la Lande s.r.l., impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla procedura ristretta indetta dal Comune di Napoli per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione delle opere previste dal progetto definitivo del terzo stralcio di attuazione dell'intervento di edilizia residenziale pubblica compreso nel sub-ambito 7 del p.r.u. di Ponticelli per 156 alloggi (importo complessivo a base d'asta pari a € 23.056.022,30 per la categoria di lavori prevalente OG1, classifica VIII + € 3.583.971,38 per la categoria di lavori scorporabile OG11, classifica V + € 705.497,32 per la categoria di lavori scorporabile OS24, classifica III + € 350.000,00 per le categorie e classi di progettazione Ib e IIIa = € 26.831.025,00, oltre a € 864.466,00 per gli oneri per la sicurezza non ribassabili): -- determinazione dirigenziale n. 1 del 17 gennaio 2012, con la quale era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della costituenda ATI Ing. C. Coppola Costruzioni s.p.a. – Graded s.p.a.; -- nota del 17 gennaio 2012, prot. n. PG/2012/39123, recante la comunicazione della predetta aggiudicazione definitiva; -- graduatoria di gara e verbali di gara, nella parte in cui avevano disposto l'ammissione e la prequalificazione dell'ATI aggiudicataria; -- bando, disciplinare di gara e lettera di invito; -- ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso;
- richiedeva, altresì, il risarcimento dei danni derivanti dall'operato asseritamente illegittimo della stazione appaltante;
- a sostegno dell'impugnazione proposta, rassegnava le seguenti censure: 1-2) violazione e falsa applicazione dell'art.

97 Cost.; violazione del principio del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto vari profili; difetto di istruttoria; sviamento; disparità di trattamento; 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione del principio del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 88 del d.p.r. n. 207/2010; eccesso di potere sotto vari profili; difetto di istruttoria; 4-7) violazione di legge; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 3, lett. b, c, d, del disciplinare di gara; violazione dell'art. 5, punto 3, della lettera di invito; violazione della determinazione dell'AVCP n. 5/2010; eccesso di potere sotto vari profili; difetto di istruttoria; sviamento; disparità di trattamento;

- in estrema sintesi, lamentava che: -- non sarebbero state prodotte le attestazioni relative al possesso dei requisiti partecipativi ex art. 38, comma 1, lett. b e c, del d.lgs. n. 163/2006 in capo agli esponenti della Edrevea s.p.a., il cui ramo d'azienda risultava ceduto alla Gruver s.r.l., ausiliaria della mandataria Ing. C. Coppola Costruzioni; -- il legale rappresentante della mandante Graded, nel rendere la dichiarazione sostitutiva ex art. 47 del d.p.r. n. 445/2000 circa il possesso dei requisiti partecipativi ex art. 38, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006 in capo ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, non avrebbe specificato le circostanze impeditive del rilascio di un'autocertificazione in tal senso direttamente da parte di questi ultimi; -- il contratto di avvalimento stipulato tra la Ing. C. Coppola Costruzioni e la Gruver sarebbe generico, non indicando in maniera compiuta i mezzi e le risorse messi a disposizione dall'ausiliaria in vista dell'esecuzione dell'appalto; -- in sede di offerta, la Corvino + Multari s.r.l., mandataria del raggruppamento temporaneo di progettisti formato con Mascolo Carmine, Forzano Gioacchino e Martino Angelo, aggregato all'ATI Ing. C. Coppola Costruzioni – Graded, non avrebbe comprovato, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della lettera di invito, in proporzione alla propria quota di partecipazione, la prestazione,

nell'ultimo decennio, di servizi di progettazione riconducibili alle categorie e classi Ib e IIIa previste in appalto, in misura pari ad almeno il doppio degli importi dei lavori fissati in corrispondenza a ciascuna delle predette categorie e classi Ib e III a; -- né, sempre in sede di offerta, il menzionato raggruppamento temporaneo di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino, avrebbe comprovato, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della lettera di invito, la prestazione di due singoli servizi di progettazione riconducibili alla categoria e classe IIIa prevista in appalto, in misura pari ad almeno il 40% degli importi dei lavori fissati in corrispondenza alla predetta categoria e classe IIIa; -- tale ultimo requisito idoneativo neppure sarebbe stato, peraltro, compiutamente attestato in sede di prequalificazione; -- le quote di partecipazione dichiarate dal raggruppamento temporaneo di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino per le distinte categorie e classi di progettazione previste in appalto sarebbero difformi dagli importi per queste ultime, rispettivamente, indicati dalla lex specialis di gara, mentre la mandataria Corvino + Multari non possiederebbe i requisiti né parteciperebbe in misura pari al 100% della categoria e classe di progettazione principale; -- in violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione dell'appalto, la Corvino + Multari avrebbe attestato il possesso del requisito idoneativo consistente nelle 10 unità minime di personale mediamente impiegato nell'ultimo triennio, in proporzione (7,6) inferiore alla quota di partecipazione (77%) dichiarata; -- il possesso del menzionato requisito idoneativo, consistente nell'organico tecnico minimo mediamente impiegato nell'ultimo triennio, non sarebbe stato, peraltro, adeguatamente dimostrato, in sede di offerta, dalla Corvino + Multari e da Mascolo Carmine; -- la relazione tecnica di impatto acustico esibita dall'ATI Ing. C. Coppola Costruzioni – Graded non sarebbe stata sottoscritta da un tecnico competente ai sensi della l. n. 447/1995;

- costituitisi sia l'intimato Comune di Napoli sia la controinteressata Ing. C. Coppola Costruzioni, in proprio e quale

mandataria della costituenda ATI con la Graded, eccepivano l'infondatezza del gravame esperito ex adverso, di cui richiedevano, quindi, il rigetto;

- la Ing. C. Coppola Costruzioni proponeva, altresì, ricorso incidentale avverso la prequalificazione dell'ATI Edil Atellana – Lande;

- nel denunciare vizi di violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b e c, del d.lgs. n. 163/2006 e della lettera di invito, nonché di carenza di istruttoria, la controinteressata lamentava, segnatamente, che la Lande non avrebbe attestato, in capo ad un soggetto individuato come “preposto della sede secondaria”, e cioè come institore, l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b e c, del d.lgs. n. 163/2006;

- il ricorso veniva chiamato all'udienza del 7 marzo 2012 per la trattazione dell'incidente cautelare;

- nell'udienza cautelare emergeva che la causa era matura per la decisione di merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Rilevato, in rito, che l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2011);

Considerato, in merito al ricorso principale proposto dalla Edil Atellana, che:

- in caso di cessione di azienda o di un suo ramo anteriormente alla partecipazione alla gara, non sussiste un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente con riferimento sia agli amministratori sia ai direttori tecnici, in quanto l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 – norma di stretta interpretazione, insuscettibile, come tale, di applicazione analogica, in ragione della tassativa comminatoria di esclusione in essa contenuta – richiede il possesso

e la dimostrazione dei requisiti generali di partecipazione solo in capo al soggetto concorrente; conseguentemente, in assenza di specifica disposizione, e siccome la cessione di azienda comporta non già una successione a titolo universale del cessionario al cedente, bensì una successione nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le relative attestazioni in ordine alla posizione della cedente; né varrebbe richiamare in senso contrario gli artt. 49 e 51 del d.lgs. n. 163/2006 cit., trattandosi di norme che si riferiscono, rispettivamente, alle diverse ipotesi nelle quali il concorrente ricorra ad imprese ausiliarie mediante l'avvalimento al fine di integrare i propri requisiti per partecipare alla gara, ovvero la cessione sia avvenuta nel corso della gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8044/2010; n. 4629/2010; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 950/2012);

- né la disciplina legislativa né la disciplina speciale di gara imponevano alle imprese concorrenti di specificare la ragione del ricorso alla consentita dichiarazione sostitutiva ex art. 47 del d.p.r. n. 445/2000 in luogo dell'autocertificazione di cui al precedente art. 46, ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti partecipativi ex art. 38, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 163/2006 in capo agli esponenti aziendali cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando;

- nell'ambito di una gara di appalto bandita (il 17 dicembre 2010) prima dell'entrata in vigore dell'art. 88, comma 1, del d.p.r. n. 207/2010 (8 giugno 2011), il contenuto del contratto di avvalimento stipulato tra la Ing. C. Coppola Costruzioni e la Gruver si presenta idoneo a denotare la serietà e la portata dell'impegno assunto dalla seconda a mettere a disposizione della prima, "ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento di detto appalto, nonché per l'esecuzione dei relativi lavori, la sua qualificazione nella categoria OG1, classifica VIII e la cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta e indiretta pari a € 78.371.204,74, nonché tutte le risorse, nessuna esclusa, per

consentire l'esecuzione della porzione di opera oggetto della predetta categoria”;

- a dispetto di quanto sostenuto da parte ricorrente, e come documentato sia dall'amministrazione resistente sia dalla controinteressata, la Corvino + Multari, mandataria del raggruppamento temporaneo di progettisti formato con Mascolo Carmine, Forzano Gioacchino e Martino Angelo, aggregato all'ATI Ing. C. Coppola Costruzioni – Graded, risulta aver comprovato, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della lettera di invito, in proporzione alla propria quota di partecipazione, la prestazione, nell'ultimo decennio, di servizi di progettazione riconducibili alle categorie e classi Ib e IIIa previste in appalto, in misura pari ad almeno il doppio degli importi dei lavori fissati in corrispondenza a ciascuna delle predette categorie e classi Ib e IIIa (cfr. art. 3, lett. b, del disciplinare di gara);

- più in dettaglio, l'ATI Ing. C. Coppola Costruzioni – Graded ha allegato alla propria offerta attestazioni (rilasciate dalla Regione Lombardia, dalla Molino Bruno s.p.a., dalla Fergos s.r.l., dal Comune di Pontecagnano Faiano e dal Comune di Casagiove) comprovanti la prestazione, da parte della Corvino + Multari, di servizi di progettazione nella categorie e classi Ib-c-d e IIIa in misure, rispettivamente, pari a € 74.007.016,75 ed a € 7.668.070,32 (cfr. nota del Comune di Napoli, prot. n. PG/2012/118149, del 10 febbraio 2012; prospetto riepilogativo depositato dalla Ing. C. Coppola Costruzioni il 2 marzo 2012), ossia ben superiori a quelle – peraltro, incomprensibilmente – quantificate dalla Edil Atellana (€ 36.763.191,28 e € 4.262.398,98);

- del pari, a dispetto di quanto sostenuto da parte ricorrente, e come documentato sia dall'amministrazione resistente sia dalla controinteressata, il menzionato raggruppamento temporaneo di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino, risulta aver comprovato, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della lettera di invito, la prestazione di due singoli servizi di progettazione riconducibili alla categoria e classe IIIa prevista in appalto, in misura pari ad almeno il 40% degli importi dei lavori fissati in corrispondenza alla predetta categoria e classe IIIa (cfr. art. 3, lett. c, del

disciplinare di gara);

- più in dettaglio, l'ATI Ing. C. Coppola Costruzioni – Graded ha, infatti, ha allegato alla propria offerta attestazioni (cfr. certificazioni rilasciate dal Comune di Pontecagnano Faiano alla Corvino + Multari e dall'Università degli studi di Catanzaro 'Magna Graecia' a Mascolo Carmine) comprovanti la prestazione, da parte del raggruppamento temporaneo di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino, di servizi di progettazione nella categoria e classe IIIa in misure pari a € 5.003.389,60 ed a € 3.571.092,65, ossia ben superiori a quella quantificata dalla Edil Atellana (€ 1.433.588,55);

- sempre con riferimento al requisito idoneativo consistente nella prestazione di due singoli servizi di progettazione riconducibili alla categoria e classe IIIa prevista in appalto in misura pari ad almeno il 40% degli importi dei lavori fissati in corrispondenza alla predetta categoria e classe IIIa, non riveste, poi, portata infirmante l'ammissione in gara della controinteressata aggiudicataria la circostanza che il raggruppamento temporaneo di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino abbia indicato, in sede di prequalificazione, importi (€ 248.540,68 e € 1.038.700,00) inferiori alla misura quantificata dalla Edil Atellana in € 1.433.588,55;

- contestualmente a tale indicazione, il medesimo raggruppamento temporaneo di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino ha, infatti, dichiarato "di aver espletato due dei suddetti servizi di progettazione, negli ultimi dieci anni antecedenti la pubblicazione del bando di gara, riguardanti lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie delle opere da progettare, di importi pari ad almeno il 40% dei corrispondenti singoli importi";

- conseguentemente, a fronte di una simile dichiarazione, la stazione appaltante non avrebbe potuto estromettere automaticamente l'impresa concorrente dalla procedura di affidamento, ma era chiamata, piuttosto, a richiederle, nell'esercizio del potere-dovere di 'soccorso' ex art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, chiarimenti esplicativi in ordine al

possesso del requisito idoneativo prescritto dall'art. 3, lett. c, del disciplinare di gara;

- in disparte il rilievo che, ai sensi dell'art. 253, comma 1 quinquies, del d.lgs. n. 163/2006, il comb. disp. artt. 37, 52, comma 3, e 90, comma 1, lett. g, non era applicabile alla procedura concorsuale de qua, dacché bandita prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 207/2010, la ricorrente non spiega minimamente come sia pervenuta a quantificare nell'87% e nel 13% le parti di progettazione corrispondenti, rispettivamente, alle categorie e classi Ib e IIIa, in proporzione agli importi dei lavori richiesti in appalto;

- occorre, poi, rimarcare che, al di là dell'aspetto nominalistico della definizione per sé adoperata dalla riunione temporanea di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino (“raggruppamento temporaneo di tipo verticale”), questa viene a configurarsi sostanzialmente come mista, in quanto riveniente dall'aggregazione tra il raggruppamento temporaneo orizzontale mandatario Corvino + Multari – Mascolo per la progettazione nella categoria e classe principale Ib, il raggruppamento temporaneo orizzontale mandante Corvino + Multari – Mascolo – Forzano per la progettazione nella categoria e classe secondaria IIIa, nonché Martino Angelo;

- in tale prospettiva, quindi, a norma dell'art. 37, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, ben poteva la Corvino + Multari, quale mandataria del raggruppamento temporaneo orizzontale per la progettazione nella categoria e classe principale Ib, ripartire i requisiti e le quote di partecipazione relativi a quest'ultima con l'altro soggetto ad essa aggregato (Mascolo Carmine);

- neppure è predicabile, in capo alla Corvino + Multari la pretesa violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione dell'appalto quanto al requisito idoneativo consistente nell'organico tecnico minimo mediamente impiegato nell'ultimo triennio;

- la Corvino + Multari ha, infatti, attestato di aver impiegato, nei tre anni anteriori alla data di pubblicazione del

bando, un numero medio di unità di personale tecnico pari a $[(7 \text{ nel } 2007) + (7 \text{ nel } 2008) + (9 \text{ nel } 2009) = 23] : 3 = 7,67$, erroneamente arrotondato al decimale inferiore (7,6), anziché a quello superiore (7,7), corrispondente alla dichiarata quota di partecipazione (77%) al raggruppamento temporaneo di progettisti Corvino + Multari – Mascolo – Forzano – Martino;

- la documentazione allegata all'offerta dell'ATI Ing. C. Coppola Costruzioni – Graded si rivela idonea a dimostrare o, comunque, a fornire un principio di prova (integrabile ai sensi dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006) circa la sussistenza dei rapporti associativi, lavorativi e collaborativi previsti dall'art. 3, lett. d, del disciplinare di gara, ai fini del soddisfacimento del cennato requisito consistente nell'organico tecnico minimo mediamente impiegato nell'ultimo triennio;

- il tecnico sottoscrittore della relazione di impatto acustico esibita dall'ATI Ing. C. Coppola Costruzioni – Graded risulta a tanto abilitato in forza di decreto dirigenziale della Regione Campania n. 1376 del 24 luglio 2002;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante l'accertata infondatezza delle censure proposte, così come dianzi scrutinate, il ricorso principale deve essere respinto, unitamente alla connessa domanda risarcitoria, con conseguente declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale;

- le spese di lite devono seguire la soccombenza e, quindi, essere poste a carico della parte ricorrente;

- dette spese vanno liquidate in complessivi € 5.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 2.500,00 in favore, rispettivamente, dell'amministrazione resistente e della controinteressata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale proposto dalla Edil Atellana soc. coop. e la connessa domanda di risarcimento dei danni per equivalente monetario;
- per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla Ing. C. Coppola Costruzioni s.p.a.;
- condanna la Edil Atellana soc. coop. al pagamento delle spese, dei diritti e degli onorari di lite, che si liquidano in complessivi € 5.000,00 da ripartirsi nella egual misura di € 2.500,00 in favore, rispettivamente, del Comune di Napoli e della Ing. C. Coppola Costruzioni s.p.a.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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