

N. 01772/2013REG.PROV.COLL.
N. 06277/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 6277 del 2011, proposto da:

Egar Costruzioni s.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Comoter s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Manfellotto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paola D'Amico, in Roma, viale delle Province, n. 114/B/23;

contro

Comune di Pietravairano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Benedetto Marrocco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudio Marcone in Roma, via della Camilluccia n.19;

nei confronti di

ATI L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. in proprio e quale capogruppo dell'ATI con Palombo Della Corte Tecnoelectric, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Mottola Costruzioni, ICI Impresa Costruzioni Industriali s.r.l. e Archeos

s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

Megastrutture s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Cantile e Mario Caliendo, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Palumbo, n. 16;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 03329/2011, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di funzionalizzazione, qualificazione e potenziamento della dotazione infrastrutturale dei sistemi locali di sviluppo, interventi di completamento del recupero, riqualificazione e valorizzazione degli spazi connessi al castello medioevale e alle strutture di accesso al teatro Tempio sul Monte San Nicola;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pietravairano e della Società Megastrutture s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 30 agosto 2011 n. 3755;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Manfellotto e Marrocco;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Pietravairano, con determinazione n. 86 del 24 maggio 2010, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori consistenti nella “funzionalizzazione, qualificazione e potenziamento della dotazione infrastrutturale dei sistemi

locali di sviluppo, interventi di completamento del recupero, riqualificazione e valorizzazione degli spazi connessi al castello medioevale ed alle strutture di accesso al teatro-tempio sul Monte S. Nicola”.

La EGAR Costruzioni s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con la COMOTER s.r.l., con ricorso e motivi aggiunti al T.A.R. Campania ha chiesto l'annullamento della determinazione del responsabile dell'Area tecnica di detto Comune n. 189 del 2 novembre 2010, recante l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta in favore dell'ATI L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. - Della Corte s.r.l., nonché dei verbali di gara dal n. 1 al n. 10, del provvedimento di nomina della commissione giudicatrice, della nota del 9 luglio 2010, prot. n. 1488/SAU e del bando di gara; ha chiesto inoltre il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente monetario.

Con la sentenza in epigrafe indicata il T.A.R. ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. (per mancata produzione della attestazione SOA certificante la qualificazione come operatore del settore dei lavori pubblici di EGAR Costruzioni s.r.l.) ed ha in parte dichiarato improcedibile ed in parte (respinte le eccezioni di inammissibilità ed irricevibilità del gravame) respinto il ricorso proposto da EGAR Costruzioni s.r.l., nella parte volta a travolgere l'intera procedura di affidamento.

Con il ricorso in appello in esame la EGAR Costruzioni s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1.- Quanto all'accoglimento del ricorso incidentale della L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l.: Errore di diritto. Violazione dell'art. 49 del codice degli appalti. Difetto della motivazione.

Erroneamente il T.A.R. ha asserito che alla mancata produzione di attestazione SOA da parte della Egar Costruzioni non poteva avviarsi con

il ricorso allo strumento dell'avvalimento.

2.- Quanto ai motivi di ricorso, volti a travolgere l'intera procedura di affidamento, reietti: Difetto di motivazione. Violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006.

La sentenza è perplessa laddove respinge la censura di nullità della procedura per violazione dell'art. 84 del codice degli appalti affermando che la professionalità dei componenti della commissione giudicatrice diversi dal presidente (geometri) è da reputarsi adeguata all'oggetto del contratto posto in gara.

E' stata ribadita quindi la censura di illegittimità dei provvedimenti di nomina della commissione giudicatrice, per violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006.

3.- Vizio della motivazione. Travisamento. Errore di fatto. Violazione dei principi di segretezza e par condicio dei concorrenti, nonché di contestualità dei giudizi.

Il T.A.R. ha respinto la censura di violazione del principio di segretezza e di contestualità dei giudizi, sostenendo che la sentenza del T.A.R. Napoli n. 18023 del 2010 non aveva esteso il proprio effetto demolitorio alla valutazione delle offerte tecniche delle altre imprese e non si imponeva la ripetizione della gara in ottemperanza al "*dictum*" giurisdizionale.

La affermazione non è però congruente con la censura tesa a dimostrare che la tardiva riammissione aveva leso la posizione della EGAR Costruzioni s.r.l., potendo la conoscenza del prezzo aver influenzato i componenti della commissione nella formazione dei giudizi.

4. Errore di fatto. Travisamento. Illegittimità. Omessa verifica della regolarità dei plichi in seduta pubblica.

La affermazione del T.A.R. che l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni giudicatrici riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti,

e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche non è condivisibile.

5.- Errore di fatto. Difetto della motivazione. Violazione del punto VIII.2.1. del bando di gara.

Il T.A.R. ha affermato che nei verbali di gara non deve darsi conto della valutazione singolarmente data da ciascun membro della commissione giudicatrice, ma la tesi è perplessa ed avulsa dal caso concreto e dalle prescrizioni del bando.

6.- Difetto della motivazione.

Erroneamente la sentenza ha ritenuto sufficiente la mera indicazione da parte della Commissione dei parametri numerici come espressione dei giudizi, giudicando congrua la griglia di valutazione prevista dal bando.

7.- Omesso esame di censure di mancata esclusione delle concorrenti meglio graduate. Devoluzione. Illegittimità. Violazione del punto XI.2.2.4 del bando.

Sono riproposte in via devolutiva le censure mosse in relazione alle altre offerte delle concorrenti risultate meglio graduate, non esaminate dal T.A.R..

L'aggiudicataria e le ditte Mottola, Megastrutture e Archeos avrebbero dovuto essere escluse perché, pur prevedendo l'epigrafato punto del bando a pena di esclusione la presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a, d, e, f, g, h, i, m, mbis, mter e mquater del d. lgs. n. 163/2006, esse non hanno indicato tutti i soggetti che vi erano tenuti.

8.- Omessa esclusione dell'aggiudicataria. Violazione del punto XI.2.2.13 del bando.

L'ATI vincitrice ha versato cauzione ridotta pur non avendo allegato documentazione attestante il possesso della certificazione di qualità per l'associata Tecnoelectric.

Inoltre la documentazione conteneva l'indicazione di copia conforme

all'originale senza la richiesta dichiarazione di responsabilità prevista dalle norme sulla autocertificazione.

9.- Omessa esclusione della aggiudicataria. Violazione dell'art. 95, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999.

L'aggiudicataria ha partecipato alla gara in ATI, con una associata, cooptata ai sensi dell'art. 95 comma 4, del d.P.R. 554/1999, il cui legale rappresentante ha dichiarato che avrebbe eseguito lavorazioni nei limiti dei requisiti posseduti e comunque non oltre il 20% senza ulteriore precisazione; tuttavia dagli atti non si evincono i requisiti posseduti, con impossibilità di verifica della dichiarazione e di stabilire se è qualificata per l'esecuzione del 20% delle opere oggetto di appalto.

10.- Omessa esclusione dell'aggiudicataria per mancata indicazione delle ditte partecipanti al consorzio COICA.

L'associata della aggiudicataria, Della Corte, ha dichiarato di far parte di detto consorzio, senza indicare le imprese che vi partecipavano, limitandosi a dichiarare che il consorzio non partecipava alla gara.

11.- Devoluzione di tema non esaminato: illogicità manifesta dei giudizi. Disparità di metro valutativo. Omessa applicazione dei criteri di valutazione fissati dal bando.

I giudizi della Commissione sono arbitrari ed illogici.

In via devolutiva sono state riproposte le censure non esaminate dal T.A.R., sui giudizi espressi dalla Commissione, arbitrari ed illogici, oltre che criptici al punto di impedirne il controllo ex post.

12.- Omessa esclusione della ditta Mottola per omessa dichiarazione. Punto XI.2.2. n. 3, Inesistenza di soggetti cessati dalla carica (mod. B2). Irregolarità documentale.

13.- Omessa esclusione della ditta Mottola. Violazione della sez. VI del bando.

14.- Omessa esclusione della ICI Costruzioni s.r.l.. Violazione del punto

XI.3 del bando. Omessa sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del tecnico abilitato e del rappresentante della concorrente.

Con memoria depositata il 24.8.2011 si è costituito in giudizio il Comune di Pietravairano, che ha eccepito la inammissibilità dell'appello per mancata dimostrazione di come la EGAR Costruzioni s.r.l. si sarebbe aggiudicato l'appalto e per tardiva impugnazione del bando. Nel merito ha contestato la fondatezza di tutti i motivi di gravame ed ha concluso per la declaratoria di inammissibilità, o di improcedibilità o di improponibilità dell'appello, ovvero per la sua reiezione.

Con memoria depositata il 14.9.2011 la Megastrutture s.r.l. ha eccepito la inammissibilità, la improcedibilità e la carenza di interesse all'appello perché l'eventuale suo l'accoglimento comporterebbe l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI Palumbo – Della Corte, che è stato già annullato dal Comune a seguito della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli n. 2244/2011, di accoglimento del ricorso proposto dalla Megastrutture s.r.l., cui è stato aggiudicato definitivamente, con stipula del contratto di appalto.

Detta aggiudicazione definitiva è stata impugnata giurisdizionalmente dalla EGAR Costruzioni s.r.l e solo nei confronti di essa detta società mantiene l'interesse a ricorrere.

La Megastrutture s.r.l. ha ulteriormente formulato le eccezioni di carenza di interesse, inammissibilità, tardività ed improcedibilità, perché il ricorso principale della EGAR Costruzioni s.r.l. era sia tardivo, con riferimento ai motivi attinenti alla regolarità della procedura, conosciuti sin dalla fase di indizione della gara e già immediatamente lesivi, sia inammissibile perché i motivi sull'attribuzione del punteggio, anche se tutti accolti, non consentirebbero di sopravanzare la Megastrutture s.r.l., oggi graduata al primo posto.

Nel merito ha eccepito la inammissibilità del secondo motivo di appello

(afferente la competenza dei commissari) per tardività del ricorso di primo grado sul punto, del terzo, per impossibilità comunque di raggiungere il primo posto in classifica, del quarto del quinto e del sesto, per tardività, del settimo, per genericità e tardività; inoltre ha dedotto la infondatezza di tutti i motivi di appello.

Con ordinanza 30 agosto 2011 n. 3755 la Sezione ha preso atto della rinuncia della appellante alla istanza cautelare.

Con memoria depositata il 30.8.2012 la Megastrutture s.r.l. ha rinunciato alle spiegate difese (con integrale compensazione delle spese) perché, a seguito di sentenza dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 10/2012 sul ricorso n. 4044/2012 proposto dall'ATI L.F. Palumbo, che aveva impugnato la sentenza n. 2244/2012 del T.A.R. Campania, Napoli (a seguito della quale il Comune aveva aggiudicato definitivamente la gara alla Megastrutture s.r.l.), detta ATI è risultata unica ed esclusiva affidataria dei lavori di cui trattasi.

Con memoria depositata il 12.10.2012 la EGAR Costruzioni s.r.l., premesso che non risultano determinazioni del Comune dopo detta sentenza dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 10/2012, ha ribadito la fondatezza dell'appello.

Con memoria depositata il 30.10.2012 il Comune ha eccepito la inammissibilità dell'appello per mancata dimostrazione di come la EGAR Costruzioni s.r.l. si sarebbe aggiudicato l'appalto, per tardiva impugnazione del bando e di clausole immediatamente lesive, nonché per acquiescenza; ha inoltre eccepito la improcedibilità dell'appello perché, a seguito della sentenza della A.P. del Consiglio di Stato n. 10/2012, il Comune, con determinazione n. 208 del 13.9.2012, ha aggiudicato provvisoriamente, ex artt. 11 e 79 del d. lgs. n. 163/2006, alla ICI Costruzioni s.r.l. il completamento delle opere, con insussistenza di interesse della appellante a veder annullata l'aggiudicazione alla Palombo, che è stata esclusa dalla gara

con la stessa determinazione. Nel merito ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 20.11.2013 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata da EGAR Costruzioni s.r.l., di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale è stato deciso il ricorso proposto la EGAR Costruzioni s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con la COMOTER s.r.l., per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. – Della Corte s.r.l. della procedura aperta indetta dal Comune di Pietravairano, per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori relativi al castello medioevale ed alle strutture di accesso al teatro-tempio sul Monte S. Nicola.

Con la sentenza è stato accolto il ricorso incidentale proposto dall'ATI Palumbo al fine di ottenere l'esclusione della EGAR Costruzioni s.r.l. per non aver prodotto in gara alcuna attestazione SOA (sia pure per categorie e classifiche diverse da quelle richieste per i lavori da appaltare) che certificasse la sua qualificazione come operatore del settore dei lavori pubblici; inoltre il ricorso principale, proposto dalla EGAR Costruzioni s.r.l., in parte è stato dichiarato improcedibile (con riguardo alle doglianze avanzate in via principale avverso l'ammissione e la valutazione delle concorrenti classificatesi in posizioni antecedenti nella graduatoria di gara rispetto all'ATI EGAR Costruzioni s.r.l. - COMOTER) e in parte è stato respinto (con riguardo alle censure esperite in via principale dalla EGAR Costruzioni s.r.l. al fine di travolgere l'intera procedura di affidamento).

2.- La Sezione deve preliminarmente valutare la procedibilità dell'appello

alla luce degli eventi verificatisi dopo la sua proposizione.

3.- Con memoria depositata il 14.9.2011 la Megastrutture s.r.l. ha eccepito la inammissibilità, la improcedibilità e la carenza di interesse all'appello perché l'eventuale suo accoglimento comporterebbe l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI Palumbo – Della Corte, che è stato già annullato dal Comune a seguito della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli n. 2244/2011 (di accoglimento del ricorso proposto dalla Megastrutture s.r.l.), cui è stato aggiudicato definitivamente, con stipula del contratto di appalto. Detta aggiudicazione definitiva è stata impugnata giurisdizionalmente dalla EGAR Costruzioni s.r.l e solo nei confronti di essa detta società manterrebbe l'interesse a ricorrere.

Con memoria depositata il 30.8.2012 la Megastrutture s.r.l. ha rinunciato alle spiegate difese (con integrale compensazione delle spese) perché, a seguito di sentenza dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 10/2012 sul ricorso n. 4044/2012 proposto dall'ATI L.F. Palumbo, che aveva impugnato detta sentenza n. 2244/2012 del T.A.R. Campania, Napoli (a seguito della quale il Comune aveva aggiudicato definitivamente la gara alla Megastrutture s.r.l.), detta ATI è risultata unica ed esclusiva affidataria dei lavori di cui trattasi.

Con memoria depositata il 12.10.2012 la EGAR Costruzioni s.r.l., premesso che non risultavano determinazioni del Comune dopo detta sentenza della A.P. del Consiglio di Stato n. 10/2012, ha ribadito la fondatezza dell'appello.

Con memoria depositata il 30.10.2012 il Comune ha eccepito la improcedibilità dell'appello perché, a seguito della sentenza della A.P. del Consiglio di Stato n. 10/2012, il Comune, con determinazione n. 208 del 13.9.2012, ha aggiudicato provvisoriamente, ex artt. 11 e 79 del d. lgs. n. 163/2006, alla ICI Costruzioni il completamento delle opere, con insussistenza di interesse della appellante a veder annullata l'aggiudicazione

alla Palumbo Costruzioni s.r.l., che è stata esclusa dalla gara con la stessa determinazione

4.- Ritiene di precisare in punto di fatto la Sezione che, con determinazione 3.9.2010 n. 149, il Comune di Pietravairano ha aggiudicato "provvisoriamente" la gara alla A.T.I. L. F. Palumbo Costruzioni s.r.l., con consegna anticipata dei lavori stante l'urgenza. A seguito della riammissione a gara di altra concorrente a suo tempo esclusa, la commissione giudicatrice si è nuovamente riunita ed ha confermato l'aggiudicazione provvisoria in favore della A.T.I. predetta, che con determinazione 2.11.2010 n. 189, è stata dichiarata aggiudicataria definitiva.

Con ricorso davanti al TAR per la Campania, sede di Napoli, la seconda classificata Megastrutture s.r.l. ha impugnato l'indicata determinazione n. 189 del 2010 e gli atti connessi, dolendosi della mancata esclusione dell'A.T.I. Palumbo Costruzioni s.r.l. sotto vari profili, nonché del punteggio tecnico ad essa attribuito.

La controinteressata A.T.I. Palumbo Costruzioni s.r.l. ha proposto ricorso incidentale lamentando, a sua volta, l'illegittimità dell'ammissione della Megastrutture s.r.l., anch'essa sotto vari profili, ed, in parte qua, del bando.

Con sentenza 20 aprile 2011 n. 2244 della sezione ottavadi detto T.A.R. il ricorso incidentale dell' A.T.I. Palumbo Costruzioni s.r.l. è stato respinto ed il ricorso principale è stato accolto.

In particolare, il T.A.R. ha disatteso il motivo del ricorso incidentale incentrato sul preteso obbligo di Megastrutture di produrre l'attestazione dell'insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 in capo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza cessati dalla carica nel triennio anteriore.

Con determinazione n. 99 del 26.5.2011, dopo che con determinazione n. 74 dell'11.4.2011 era stato avviato il procedimento di revoca di detta aggiudicazione definitiva, il Comune ha aggiudicato definitivamente i lavori

in questione alla Megastrutture s.r.l..

L'A.T.I. Palumbo Costruzioni s.r.l. ha proposto appello avverso detta sentenza, articolando otto motivi con i quali ha contestato la reiezione o il mancato esame delle eccezioni di inammissibilità da essa sollevate nei riguardi del ricorso principale, nonché delle doglianze formulate col proprio ricorso incidentale, e l'accoglimento delle censure contenute nel ricorso.

A seguito dell'udienza pubblica del 20 dicembre 2011, con ordinanza 14 febbraio 2012 n. 711, la Sezione V del Consiglio di Stato ha disatteso il primo mezzo di gravame, con cui sono state riproposte le accennate eccezioni concernenti l'omessa, immediata impugnazione della citata d.d. 3.9.2010 n. 149. Con riguardo al secondo motivo di appello, concernente la questione - ritenuta dirimente ai fini della decisione - relativa all'omessa attestazione dell'assenza di cause preclusive in capo agli amministratori della cedente S.S. Costruzioni s.r.l., ha deciso di sottoporre la questione alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Con sentenza 4 maggio 2012, n. 10, l'A.P. del Consiglio di Stato ha accolto l'appello, con conseguente riforma della sentenza appellata nel senso dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla A.T.I. Palumbo Costruzioni s.r.l., che aveva lamentato l'illegittimità dell'ammissione della Megastrutture s.r.l., e conseguente declaratoria di improcedibilità per carenza di interesse del ricorso principale proposto da detta Megastrutture contro la deliberazione n. 149/2010 con cui il Comune di Pietravairano aveva aggiudicato "provvisoriamente" la gara alla A.T.I. L. F. Palumbo Costruzioni s.r.l..

A seguito di detta sentenza della A.P. il Comune di Pietravairano, considerato che con determinazione n. 185 del 6.9.2012 era stata revocata l'aggiudicazione definitiva all'impresa Megastrutture e risolto il contratto stipulato con la stessa e che detta sentenza non si è espressa circa le motivazioni che avevano determinato l'esclusione dalla gara della A.T.I.

Palumbo, ha escluso dalla gara sia detta A.T.I. (per insufficienza della classifica posseduta dalla ditta Della Corte in una categoria di qualificazione e per irregolare e mancata produzione di dichiarazioni ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006) che la Megastrutture (per le ragioni indicate nella sentenza dell'A.P.), aggiudicando alla ICI s.r.l. il completamento dei lavori ancora non eseguiti.

5.- Tanto premesso in fatto, la Sezione ritiene, innanzi tutto, di non poter condividere la eccezione di improcedibilità formulata dal Comune resistente solo in base alla avvenuta provvisoria aggiudicazione della gara, ex artt. 11 e 79 del d. lgs. n.163/2006, alla ICI s.r.l. per il completamento delle opere, perché la circostanza non esclude, per i motivi che saranno di seguito esposti, ex se l'interesse della ricorrente EGAR Costruzioni s.r.l. a veder annullata in toto la gara in base alle censure formulate contro la sentenza di primo grado, che ha respinto le censure volte al travolgere la intera procedura per inadeguatezza all'oggetto del contratto posto in gara della professionalità dei componenti della commissione giudicatrice diversi dal presidente (geometri).

5.- Con la sentenza in questa sede appellata il T.A.R., dopo aver accolto il ricorso incidentale dell'ATI L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. – Della Corte s.r.l. e stabilito che la ricorrente principale EGAR Costruzioni s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, ha dichiarato improcedibile il ricorso principale da questa proposto, ma ha anche proceduto a valutare la fondatezza delle censure della EGAR Costruzioni s.r.l., volte, non già a contestare l'ammissione e la valutazione delle concorrenti classificatesi in posizioni antecedenti nella graduatoria di gara (ATI L.F. Palumbo Costruzioni – Della Corte, Megastrutture s.r.l., ICI s.r.l. Impresa Costruzioni Industriali, Mottola Costruzioni s.r.l., Archeos s.r.l.), bensì a travolgere l'intera procedura di affidamento, in quanto sorrette dall'interesse all'integrale ripetizione di quest'ultima.

6.- La decisione del T.A.R. di esaminare tale profilo di ricorso pur avendo accolto il ricorso incidentale della Palumbo Costruzioni s.r.l. è da considerare invero errata perché in contrasto con la giurisprudenza secondo la quale l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve comunque precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva. Infatti l'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente principale, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso ed essa aspettativa è indistinguibile da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che intenda partecipare a una futura selezione (Consiglio di Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

7.- Tuttavia la Palumbo Costruzioni s.r.l. non ha gravato con appello incidentale detta decisione, sicché è passata in giudicato la determinazione del T.A.R. di valutare la legittimità della intera procedura per illegittima composizione della commissione di gara e la parte appellante ha correttamente impugnato la sentenza di cui trattasi contestando sia l'accoglimento del ricorso incidentale della Palumbo s.r.l. che la reiezione dei motivi volti all'annullamento della intera procedura.

8.- Va osservato che le censure contro la sentenza in esame, nella parte in cui ha respinto i motivi di illegittimità della composizione della commissione, sarebbero condivisibili.

Tanto comporterebbe integrale ripetizione della gara con nomina di una nuova commissione e travolgimento di ogni atto successivo.

9.- Tanto premesso la Sezione deve tuttavia valutare d'ufficio la persistenza dell'interesse della EGAR Costruzioni s.r.l. all'accoglimento dell'appello in esame.

Considerato infatti quanto disposto dal Comune, dopo la emanazione della sentenza della A.P. del Consiglio di Stato n. 10/2012, con determinazione n. 185 del 6.9.2012 (con cui, escluse l'ATI Palumbo e la Megastrutture, è stato aggiudicato alla ICI s.r.l. il completamento dei lavori ancora non eseguiti), non sussistono comunque i presupposti, ex art. 122 del c.p.a., per disporre la reintegrazione in forma specifica della appellante, tenuto conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto.

Né sussistono i presupposti per il risarcimento danni "per equivalente", pure chiesto dalla EGAR Costruzioni s.r.l. con il ricorso introduttivo del giudizio, perché detta società non potrebbe mai conseguire il risarcimento per perdita di "chance", stante l'insussistenza di una ragionevole probabilità di conseguire la aggiudicazione della gara secondo un criterio di normalità, dal momento che essa società non potrebbe partecipare neppure ad una nuova gara perché la sentenza impugnata è da ritenere condivisibile, come di seguito evidenziato, laddove ha respinto le sue censure contenute nel ricorso incidentale di primo grado.

In tema di risarcimento del danno in conseguenza dell'illegittima esclusione da un concorso per qualifica dirigenziale, l'interesse pretensivo violato deve infatti essere stimato come una perdita di "chance" favorevole, parametrabile alla probabilità di conseguimento dell'incarico stesso; ciò deve, tuttavia, essere necessariamente esaminato alla luce della peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, proprie del diritto amministrativo, la cui probabilità di transitare dalla fase "*in potentia*" a quella "*in actu*", requisito indispensabile per la configurabilità di una *chance* risarcibile, va verificata alla stregua della consistenza dei poteri attribuiti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione, cui nel caso di specie non residuerebbe alcun potere discrezionale di aggiudicazione ad essa

appellante.

10.- Il T.A.R. ha accolto il ricorso incidentale della L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. perché alla mancata produzione di attestazione SOA da parte della EGAR Costruzioni s.r.l. non poteva avviarsi con il ricorso allo strumento dell'avvalimento, che è destinato a integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto in gara, ma che, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale, costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare.

Secondo la EGAR Costruzioni s.r.l. appellante, tuttavia, l'allegazione dell'attestazione SOA era richiesta, a pena di esclusione, dalle sez. VI, comma 2, e XI.2.2, n. 7, del bando di gara anche in capo all'impresa concorrente, oltre che all'impresa ausiliaria, ma senza che fosse esclusa la possibilità di ricorrere all'avvalimento, considerato che la sezione VI del bando, nel disciplinare tale istituto, richiamava pedissequamente l'art. 49 del codice degli appalti, sicché tutti i concorrenti, sia singolarmente che aderenti a raggruppamenti di imprese, potevano giovare dell'avvalimento. La EGAR Costruzioni s.r.l. avrebbe quindi ossequiato le prescrizioni del bando, avvalendosi della SOA posseduta dalla ausiliaria ICOGE s.r.l., considerato anche che l'associata COMOTER aveva prodotto ritualmente la propria attestazione.

Né, secondo l'appellante, potrebbe ritenersi che il bando escludesse l'applicazione della disciplina legale sull'avvalimento, sia perché sarebbe pleonastica la parte della sezione VI cui è stato fatto cenno e sia perché una clausola più restrittiva della norma codicistica avrebbe prodotto disparità di trattamento tra imprese che partecipano singolarmente e quelle che partecipano raggruppate. Il bando si limitava a pretendere espressamente

che la SOA fosse posseduta da ciascun concorrente raggruppato, in deroga alla regola per cui la idoneità dei raggruppamenti va effettuata cumulativamente, tenendo conto della sommatoria dei mezzi e delle qualità che fanno capo a tutte le imprese raggruppate.

Tuttavia ciò non escluderebbe il ricorso all'avvalimento.

La giurisprudenza ha invero precisato che la quota minima di requisiti che ciascun componente dell'ATI deve possedere può essere dimostrata con ricorso all'avvalimento e che non vi sono limiti legali quantitativi al ricorso all'istituto. La appellante ha allegato alla domanda la dichiarazione di avvalersi dei requisiti della ICOGE s.r.l., che ha dichiarato di obbligarsi al riguardo, nonché è stato chiarito nel relativo contratto che la concorrente, pur non in possesso del richiesto requisito della attestazione SOA OG3 classe IV, intendeva prendere parte alla gara avvalendosi, ex art. 49 del d. lgs. n. 163/2006, del requisiti dell'ausiliaria in possesso di detta attestazione.

10.1.- Osserva al riguardo la Sezione che il T.A.R. ha asserito che la EGAR Costruzioni s.r.l. non aveva prodotto in gara alcuna attestazione SOA (sia pure per categorie e classifiche diverse da quelle richieste per i lavori da appaltare) che certificasse la sua qualificazione come operatore del settore dei lavori pubblici, nonostante che, a prescindere dal ricorso all'avvalimento, tale requisito sia da reputarsi indefettibile in capo all'impresa concorrente, ai sensi dell'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati”.

Ha precisato il primo Giudice che, in conformità al dettato dell'art. 49, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, l'allegazione dell'attestazione SOA era richiesta, a pena di esclusione, dalla sez. VI, comma 2, e dalla sez. XI.2.2, n. 7, del bando di gara, anche in capo all'impresa concorrente, oltre che all'impresa ausiliaria e che, in caso di riunioni temporanee di imprese, quale,

appunto, quella costituenda tra la EGAR Costruzioni s.r.l. e la COMOTER s.r.l., la citata sez. XI.2.2, n. 7, del bando di gara prescriveva che l'attestazione SOA avrebbe dovuto essere posseduta, a pena di esclusione, da ciascuna impresa riunita.

Il T.A.R. ha ritenuto che la prescrizione rispondesse alla “*ratio*” che l'avvalimento è strumento per integrare le capacità correlate ai requisiti di ordine speciale richiesti al concorrente, e non un mezzo per sovvertire radicalmente l'ordine economico, aprendo i mercati a meri intermediari e/o a fiduciari e mettendoli in competizione con gli operatori dei mercati di riferimento; il concorrente deve essere, pertanto, un operatore economico nel settore commerciale che caratterizza in via specifica l'oggetto del contratto ed il fine al quale tende l'amministrazione aggiudicatrice, e deve, altresì, possedere almeno in parte i requisiti di ordine speciale ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Ha quindi concluso detto Giudice che, avendo la gara ad oggetto la realizzazione di lavori, la competizione doveva essere riservata agli appaltatori di lavori, con esclusione, quindi, di altre categorie, non potendosi l'istituto dell'avvalimento forzare fino al punto di stravolgere l'ordine economico e le basilari regole di qualificazione professionale delle imprese esecutrici; era legittimato a partecipare ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici soltanto l'operatore del settore, anche se non qualificato per la specifica categoria e per la specifica classifica richiesti in appalto, titolare di un'azienda – intesa, ai sensi dell'art. 2555 cod. civ., quale complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa – comprendente anche, quale bene immateriale, l'attestazione SOA; ha quindi ritenuto che l'assenza di tale ultimo requisito facesse venire meno la connotazione della predetta azienda in termini di azienda del settore e la qualità del relativo titolare in termini di imprenditore del settore, legittimato a partecipare ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici e

che pertanto la totale carenza dell'attestazione SOA in capo al concorrente non fosse, dunque, ovviabile mediante lo strumento dell'avvalimento.

10.2.- La Sezione premette che l'avvalimento è un istituto di applicazione generale, individuato dalla giurisprudenza comunitaria, codificato dall'art. 48, commi 3 e 4, Dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18/Ce e ripreso nell'art. 49, del d.lgs. n. 163 del 2006.

In base ad esso istituto gli operatori economici utilizzano requisiti e risorse appartenenti ad altri imprenditori che agiscono nell'ambito della stessa area di mercato. Il comma 1 stabilisce infatti che "Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

In termini generali l'impresa "ausiliaria" permette al soggetto che ne sia privo di concorrere alla gara provando, tramite i propri, il possesso dei richiesti requisiti: un'impresa può quindi ricorrere alle referenze tecniche, organizzative economiche e finanziarie di un altro soggetto economico al fine di dimostrare il possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una selezione pubblica.

In caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento per il requisito della qualificazione costituisce tuttavia esigenza ineludibile che l'utilizzo di esso sia reale, concreto ed esaustivo, destinato cioè ad arricchire le capacità dell'impresa concorrente in vista della corretta esecuzione delle opere.

Il Collegio è a conoscenza della circostanza che una parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2008 n. 3499) è favorevole ad ammettere in maniera ampia la possibilità di avvalimento dell'attestazione SOA di altre imprese ed anche la possibilità di cumulo di tali attestazioni.

Ritiene, tuttavia, la Sezione che l'ammissione senza limiti dell'avvalimento

dell'attestazione SOA implichi evidenti effetti distorsivi del sistema, che è basato sulla certificazione dell'effettivo possesso di determinati standard qualitativi e di requisiti finanziari e di professionalità da parte dell'impresa concorrente o, nel caso di avvalimento, da parte dell'impresa ausiliaria.

Ad avviso del Collegio, infatti, ammettere la mera sommatoria delle attestazioni SOA dell'impresa avvalente e dell'impresa ausiliaria, prescindendo dal fatto che ciascuna di esse sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara, vuol dire vanificare sostanzialmente il sistema delineato dal legislatore, rendendo possibile che alla gara partecipi un soggetto privo dei requisiti di qualificazione, che si avvale di un soggetto invece in possesso di tali requisiti.

L'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, nel consacrare, al comma 1, la massima operatività dell'istituto dell'avvalimento (consentendo al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di un altro soggetto), fissa un principio di vasta portata precettiva.

A fronte di un'evidente "*voluntas legis*" di garantire la massima espansione del principio dell'avvalimento per la partecipazione alle gare (in conformità con lo spirito delle richiamate norme comunitarie che definiscono l'istituto in termini generalissimi con le sola prescrizione - in negativo - dell'irrilevanza delle qualificazioni formali e - in positivo - dell'adeguatezza della prova della disponibilità dei requisiti prestati), detta norma attribuisce alle stazioni appaltanti, in sede di formulazione della "*lex specialis*" della procedura, la possibilità di contenerne la portata in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, purché tale possibilità sia esercitata indicando espressamente nel bando di gara gli eventuali limiti.

Ne consegue che, solo in mancanza di indicazioni (confermative o restrittive) espressamente riportate dal bando, trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione, avendo l'art. 49 citato, in virtù della sua acclarata portata precettiva imperativa, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo.

Nel caso che occupa il bando prevedeva che l'allegazione dell'attestazione SOA era richiesta, a pena di esclusione, come da sezioni VI, comma 2, e XI.2.2, n. 7, del bando di gara, anche in capo all'impresa concorrente, oltre che all'impresa ausiliaria, e che, in caso di riunioni temporanee di imprese (quale, appunto, quella costituenda tra la EGAR Costruzioni s.r.l. e la COMOTER s.r.l.), la citata sez. XI.2.2, n. 7, del bando di gara prescriveva che l'attestazione SOA avrebbe dovuto essere posseduta, a pena di esclusione, da ciascuna impresa riunita.

Esse disposizioni sono state inequivocabilmente violate dalla EGAR Costruzioni s.r.l. e quindi essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara de qua.

A tanto consegue la insussistenza di alcuna *chance* di aggiudicazione della stessa.

10.3.- Né, per quanto detto in precedenza, potrebbe pretendere detta società il risarcimento per danno emergente, che spetta solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché solo in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (c.d. danno da "interesse negativo").

10.4.- Non è quindi l'appellante, allo stato, titolare di alcun interesse all'accoglimento dell'appello in esame.

11.- L'appello deve essere conclusivamente dichiarato improcedibile per le considerazioni in precedenza espresse.

Restano assorbite tutte le ulteriori eccezioni formulate dalle parti.

12.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare fra le parti, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, dichiara improcedibile l'appello in esame, nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2013

IL SEGRETARIO

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