

Publicato il 19/11/2018

N. 06691/2018 REG.PROV.COLL.

N. 04096/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della
Campania**

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso n. 4096/18 R.G., proposto da
Saporito Garden Società Cooperativa A.R.L., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Laura Fasulo, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso cui domiciliata ex lege
in Napoli, via Armando Diaz, 11 e presso l'indirizzo PEC;

nei confronti

Scalzone Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Della Corte, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- a) del provvedimento n. M-D ARM0 45 REG2018 0010105 di esclusione alla gara n. 013/2018 del 18.09.2018 avente ad oggetto lavori di "di manutenzione ordinaria rete idrica potabile Zona Logistica, notificato in data 19.09.2018";
- b) del Bando di gara se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente ed in particolare nella parte in cui permetterebbe la possibilità di stipulare un contratto di avvalimento solo se entrambi i contraenti siano in possesso di propri attestazioni SOA;
- c) del provvedimento di aggiudicazione del 1.10.2018 disposto 2° Reparto Genio A.M. a favore della società Scalzone Costruzioni S.r.l.;
- d) del verbale di gara del 26.09.2018 recante proposta di aggiudicazione in favore della controinteressata;
- e) del verbale di gara del 18.09.2018 recante esclusione della ricorrente dalla gara di appalto indetta dal Ministero della Difesa;
- f) del provvedimento di "diniego" anche implicito alla istanza di riammissione proposta dalla ricorrente il giorno 21.09.2018;
- g) di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Scalzone Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 7 novembre 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società cooperativa Saporito Garden ha partecipato alla procedura negoziata indetta dal Ministero della Difesa –Aeronautica Militare-2 Reparto Genio A.M. per l'affidamento di interventi di manutenzione ordinaria della rete idrica potabile Zona Logistica-Prog 2/2018/0711", dichiarando di avvalersi della SOA della Vertullo Costruzioni S.r.l., quale impresa ausiliaria, relativamente alla categoria OG 6, classifica III), con la quale ha stipulato contratto di avvalimento in data 13 settembre 2018. Tuttavia, in data 19 settembre 2018 la stazione appaltante ne ha disposto l'esclusione per mancanza dell'attestazione SOA in capo alla ditta ausiliata. All'esito delle operazioni di gara migliore offerente è risultata la concorrente Scalzone Costruzioni s.r.l. in favore della quale è stata formulata proposta di aggiudicazione del 26 settembre 2018 e successiva aggiudicazione in data 1°ottobre 2018.

Avverso la propria esclusione, contro la lex specialis di gara e nei confronti del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata, in parte qua ha proposto ricorso a questo Tribunale la Saporito Garden scarl chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

Con il primo motivo parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'esclusione, evidenziando come il ricorso all'avvalimento fosse stato espressamente consentito dalla lex specialis; inoltre, ove s'intendesse ostativo dell'applicazione dell'istituto l'art. 20 che impone ai concorrenti che ricorrono all'avvalimento a pena esclusione di possedere una propria attestazione SOA, tale prescrizione sarebbe di dubbia interpretazione e contraddittoria e, quindi, inapplicabile al caso di specie in conformità al principio del favor participationis.

Con il secondo motivo è stata proposta azione di nullità della clausola di cui all'art. 20, in quanto contraria al principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del d.lgs. 18 aprile 2016 n.50, non figurando l'obbligo di possesso di attestazione SOA in capo all'ausiliata quale condizione per il ricorso all'avvalimento nell'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Si è costituita in giudizio la Scalzone Costruzioni s.r.l. che ha eccepito l'irricevibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione del bando, da ritenersi immediatamente lesivo, in quanto contenente una clausola ostativa della partecipazione, rispetto alla cui applicazione la stazione appaltante era vincolata.

Si è costituito in giudizio anche il Ministero della Difesa.

Alla camera di consiglio del 7 novembre 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale, ritenendo sussistenti i presupposti per una sentenza in forma semplificata ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente scrutinata l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla difesa di parte controinteressata che ha addotto la tardiva notificazione del ricorso, nella parte in cui è stata impugnata la clausola di cui all'art. 20 del bando che imponeva a pena di esclusione che, in caso di avvalimento, l'impresa ausiliata dovesse essere in possesso di propria attestazione SOA ; invero, tale prescrizione, essendo immediatamente lesiva, avrebbe dovuto costituire oggetto di immediata tempestiva impugnazione, il cui termine sarebbe decorrente dal 30 luglio 2018, data di pubblicazione del bando, senza attendere l'adozione del provvedimento di esclusione che della prima costituirebbe pedissequa applicazione, come tale priva di autonoma lesività.

La censura non ha pregio.

Osserva il Collegio che, nel caso di specie, con il secondo motivo di impugnazione parte ricorrente ha proposto azione di nullità, il cui termine decadenziale, ai sensi dell'art. 31, quarto comma c.p.a. è di 180 giorni dalla pubblicazione del bando, anche volendo assumerne la decorrenza a far data dal 30 luglio 2018, come rappresentato da parte controinteressata e non contestato dalla ricorrente.

Ne consegue che il ricorso, notificato in data 19 ottobre 2018 è da ritenersi tempestivamente proposto sia rispetto alla domanda giudiziale di annullamento del provvedimento di esclusione, risalente al 19 ottobre 2018, sia rispetto alla domanda di nullità della clausola del bando de qua.

Tanto premesso, deve ritenersi la fondatezza della domanda di nullità della clausola escludente di cui all'art.20 del bando di gara.

Occorre innanzitutto verificare se il vizio che affligge il bando e che costituisce oggetto della seconda censura sia da qualificarsi di annullabilità, oppure di nullità.

In proposito, la Sezione ha ritenuto che «...questione centrale della controversia è la qualificazione giuridica del vizio che potrebbe riguardare la prescrizione del disciplinare, in disparte ogni delibazione in ordine alla sua fondatezza. Difatti, ove tale patologia si dovesse ritenere quale ipotesi di annullabilità, il ricorso non potrebbe trovare accoglimento, atteso che il provvedimento di esclusione impugnato si rivelerebbe pedissequa applicazione della presupposta disposizione del disciplinare, la cui perdurante validità non potrebbe che comportare, in sede di riedizione del potere, l'adozione di un identico provvedimento di esclusione; ove, il vizio dovesse ritenersi di nullità, trattandosi di un'ipotesi di esclusione che la lex specialis avrebbe previsto in assenza di copertura legislativa, l'operato della commissione risulterebbe travolto dall'accertamento di tale più grave patologia che il giudice deve comunque eseguire, ai sensi dell'art 83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, secondo cui "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Osserva il Collegio che principi generali dell'azione autoritativa dell'amministrazione pubblica, contenuti negli artt. 21 septies e 21 octies della legge generale 7 agosto 1990 n. 241, disciplinano la patologia del provvedimento, in considerazione dell'incidenza più o meno intensa che discende dal tipo di illegittimità, parlando di annullabilità nelle tradizionali fattispecie di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge e di nullità in caso di mancanza di elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione, violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge; differente ne è poi la disciplina sostanziale e processuale di riferimento. A ben vedere, la differenza tra annullabilità e nullità ricalca la tradizionale impostazione dicotomica tra cattivo esercizio del potere e carenza di potere, tali essendo state qualificate da risalente giurisprudenza le fattispecie di assenza di elementi costitutivi, difetto assoluto di attribuzione, mentre di nullità tout court si parlava anche con riferimento alle ipotesi di elusione o violazione del giudicato e nelle più recenti fattispecie di nullità ex lege. Ebbene, applicando tale impostazione generale alla fattispecie di nullità delle clausole di bandi e lettere di invito per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, può ritenersi che si sia in presenza di annullabilità ove la norma contempli il potere dell'amministrazione di disciplinare e richiedere determinati requisiti di partecipazione ai concorrenti o modalità di formazione delle offerte, per cui ogni possibile criticità si risolve in un vizio per esercizio contra legem di quel potere; si è in presenza di nullità tutte le volte in cui, invece, quel potere sia esercitato praeter legem, ossia laddove l'amministrazione abbia richiesto requisiti che la norma codicistica o altra non contemplino affatto. Tale soluzione risponde anche ad esigenze di armonizzazione delle qualificazioni sostanziali de quibus con l'indiscutibile preoccupazione del legislatore di consolidamento degli atti delle procedure di gara, la cui definitività è attualmente anticipata dalla previsione di un rito speciale di tipo impugnatorio-decadenziale per le ipotesi di contestazione di atti di esclusione e di ammissione che si assumano illegittimi, segnatamente l'art. 120, commi 2 bis e 6 bis c.p.a.» (TAR Campania Napoli I Sezione 24 luglio 2018 n. 4943).

Alla luce di tale orientamento deve ritenersi la fondatezza della denuncia di nullità, dal momento che la disciplina dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 non riconosce alcun potere alla stazione appaltante di introdurre condizioni limitative o, comunque, restrittive dell'avvalimento, tantomeno di sanzionarne la mancanza con l'immediata esclusione del concorrente; a ben vedere, invero, unico spazio per una modulazione da parte della stazione appaltante della disciplina positiva è contenuto nei commi quarto e terzo della predetta disposizione, ove, nel primo caso, si stabilisce che «nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento» e nel secondo che «nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici». Nessun altro potere di conformare i requisiti di accesso all'avvalimento è riconosciuto, in aderenza all'orientamento giurisprudenziale che in sede europea considera l'istituto come espressione del riconoscimento della più ampia libertà di autoorganizzazione degli operatori economici.

Pertanto, alla luce delle superiori considerazioni, resta innanzitutto esclusa un'interpretazione della clausola che vieti del tutto il ricorso all'avvalimento in caso di attestazione SOA, trattandosi, tra l'altro, di evenienza espressamente contemplata dalla disciplina positiva dell'istituto. Va aggiunto che la formulazione della clausola, nella parte in cui esige tout court il possesso di attestazione SOA in capo al concorrente ausiliato, presenta anche profili di oscurità ed illogicità manifesta; invero, se l'avvalimento è istituito volto a porre rimedio a problemi di partecipazione proprio per carenza di attestazione SOA in capo al concorrente, ne discende che una lettura plausibile della clausola imporrebbe che pretendesse comunque il possesso in capo all'ausiliato o si riferisca a categorie di lavorazione differenti da quella oggetto di gara (che nel caso di specie era la categoria OG 6), per cui la disposizione non si affrancherebbe da un vizio di ingiustificato aggravio delle condizioni di partecipazione, o ad altre categorie oggetto di gara o per frazioni di una medesima categoria per cui si ricorre all'avvalimento; ebbene, nel primo caso il possesso della SOA sarebbe, in linea generale un requisito di partecipazione per l'altra categoria, per cui tale previsione si rivelerebbe ultronea, mentre nell'altra ipotesi, si introdurrebbe il divieto di avvalersi del requisito per l'intero, opzione inesistente nella fattispecie normativa di cui all'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

In accoglimento del secondo motivo deve quindi essere dichiarata la nullità della clausola di cui all'art. 20 del bando, cui segue l'annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione e di tutti i successivi atti del procedimento, ivi compresa l'aggiudicazione in favore della controinteressata del 1° ottobre 2018; conseguentemente la stazione appaltante dovrà procedere alla parziale rinnovazione della procedura, previa riammissione in gara della società ricorrente, ferma restando la verifica dei requisiti di partecipazione in conformità alla presente decisione.

La spese seguono a soccombenza con condanna del Ministero della Difesa al relativo pagamento nella misura di €2.000,00(duemila/00), oltre accessori di legge e rimborso

del contributo unificato versato, da attribuirsi al procuratore dichiaratosi antistatario. Spese compensate con la società controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto dichiara la nullità della clausola di bando oggetto di impugnazione e annulla il provvedimento di esclusione della società ricorrente e tutti i successivi atti del procedimento di gara, compresa l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Condanna il Ministero della Difesa al pagamento delle spese processuali nella misura di €2.000,00(duemila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato versato, da attribuirsi al procuratore dichiaratosi antistatario. Spese compensate con la società controinteressata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente
Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore
Gianluca Di Vita, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Corciulo

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano