

N. 05471/2014REG.PROV.COLL.
N. 02900/2012 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 Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2900 del 2012, proposto da:
Regione Campania, rappresentata e difesa dagli avv. Maria D'Elia e
Angelo Marzocchella, con domicilio eletto presso l'Ufficio di
Rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli, 29;

contro

Gesco - Consorzio di Cooperative Sociali in proprio e quale
Mandataria ATI, rappresentato e difeso dagli avv. Lucio Perone e
Vincenzo Mormile, con domicilio eletto presso l'avv. Rocco
Marsiglia in Roma, via degli Scipioni, 181;

ATI - Centro Medicina Psicosomatica Cooperativa Sociale (CMP),
Sauie Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE

I n. 01407/2012, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione servizio denominato "gestione dei servizi e delle attività socio-formative dell'istituto Paolo Colosimo".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gesco - Consorzio di Cooperative Sociali in proprio e quale Mandataria ATI;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 luglio 2014 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Molfetta Antonia, su delega dell'Avv. Marzocchella Angelo, e Perone Lucio su delega dell'Avv. Mormile Vincenzo;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. I, con la sentenza 21 marzo 2012, n. 1407 ha accolto il ricorso proposto dall'attuale appellata Gesco - Consorzio di Cooperative Sociali, in proprio e quale mandataria dell'ATI con Centro Medicina Psicosomatica Cooperativa Sociale, per l'annullamento della determina n. 10 del 18 gennaio 2012 concernente la revoca dell'aggiudicazione definitiva del servizio denominato "gestione dei servizi e delle attività socio-formative dell'istituto Paolo Colosimo".

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che la stazione appaltante, prima di procedere alla revoca

dell'aggiudicazione per effetto di un'informativa antimafia nei confronti dell'impresa mandante, avrebbe dovuto consentire all'impresa mandataria di proseguire nell'affidamento direttamente o mediante indicazione di altro operatore economico, previa verifica, in entrambi i casi, dei prescritti requisiti di qualificazione; infatti, tale meccanismo sostitutivo si applica indistintamente alle procedure di affidamento dei lavori e quelle di affidamento di servizi e forniture, avendo il Codice dei contratti pubblici superato l'eterogeneità delle discipline pregresse.

L'esercizio di tale facoltà, per il TAR, deve essere assicurato anche nella fase procedurale dell'affidamento, oltre che in sede di esecuzione dello stesso, dovendosi intendere l'ipotesi normativa come eccezione al principio di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei nel corso dell'espletamento della gara, conformemente a quanto previsto dall'art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 163-2006.

Pertanto, ha concluso il TAR, la determinazione dirigenziale gravata è illegittima, non essendo stato permesso alla ricorrente di giovare dei rimedi sostitutivi contemplati dal citato art. 37, comma 19, con conseguente illegittimità derivata dell'affidamento del servizio alla SAUIE e con assorbimento delle rimanenti censure non esaminate.

La Regione appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo, sotto vari profili:

- Error in iudicando; violazione del d.lgs. n. 104 del 2010, del d.lgs. n.

163 del 2006 e del d.P.R. n. 252 del 1998; illogicità della motivazione; difetto dei presupposti in fatto e diritto.

Con l'appello in esame, si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva la controinteressata Gesco - Consorzio di Cooperative Sociali che chiedeva la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 29 luglio 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame della preliminare eccezione di inammissibilità dell'appello, formulata dalla controinteressata Gesco, stante l'infondatezza dell'appello nel merito.

Infatti, e sinteticamente, si deve rilevare, in primo luogo, che la Regione Campania ripropone la eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione dell'informativa antimafia da parte del Consorzio GESCO (odierno appellato).

Tuttavia, l'informativa antimafia riguarda unicamente il mandante CMP e solo da questi può essere impugnata, atteso che il Consorzio GESCO, in questo giudizio, ha proposto una domanda che presuppone la legittimità dell'informativa antimafia, contestando soltanto la legittimità del provvedimento di annullamento della aggiudicazione adottato per il solo fatto che esistesse un provvedimento interdittivo, senza considerare quanto previsto

dall'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163-2006.

Conseguentemente, proprio perché il Consorzio GESCO può ricevere un beneficio dall'informativa antimafia, visto che avrebbe la possibilità di svolgere l'intero servizio, acquisendo anche la quota di spettanza di CMP, mandante.

Per quanto riguarda l'impugnazione dell'informativa antimafia da parte di CMP, si deve peraltro rilevare che il TAR Campania Napoli, con sentenza n. 2589-2012, in atti, ha respinto il ricorso proposto dalla stessa, ritenendo, dunque, legittima l'informativa antimafia emessa dal Prefetto di Napoli; la società CMP ha proposto appello al Consiglio di Stato (assegnato alla III Sezione R.G. n. 4349-2012, che, con ordinanza n. 2613-2012, ha sospeso l'efficacia della sentenza.

Il Consiglio di Stato, III Sezione, non ha ancora fissato l'udienza pubblica di discussione del ricorso; allo stato, dunque, per effetto della citata ordinanza n. 2613-2012, l'efficacia della informativa antimafia e del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è tuttora, sospesa.

Tale giudizio, tuttavia, non introduce una pregiudizialità tecnica in senso stretto rispetto all'odierno giudizio, non sussistendo dunque i presupposti per disporre la sospensione e sussistendo, per contro, l'interesse attuale del Consorzio GESCO ad ottenere un pronuncia circa la legittimità della revoca dell'aggiudicazione in relazione alla contestata violazione dell'art. 37, comma 19, d.lgs. n. 163-06, riguardando tale violazione, come detto la propria specifica posizione

giuridica.

In secondo luogo, la Regione Campania contesta la sentenza perché non avrebbe tenuto conto del fatto che la società interdetta svolge attività preponderante, qualitativamente e quantitativamente, rispetto alla consociata compagine consortile.

Tale rilievo è, tuttavia, ininfluenza con riguardo all'ipotizzata applicazione della fattispecie di cui all'art 37, comma 19, citata.

Peraltro, tale eccezione è da ritenersi infondata, posto che il Consorzio GESCO, nell'ambito del raggruppamento temporaneo di imprese, possiede una quota maggioritaria di servizi, attività e/o fatturato rispetto alla consociata CMP, mandante.

In terzo luogo, la Regione Campania, sostiene l'inapplicabilità della fattispecie di cui all'art 37, comma 19, citata, non essendo il Consorzio GESCO imprenditore individuale.

La norma suesposta, stabilisce che la sostituzione ivi prevista si applichi "in caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia".

La disposizione normativa, individua, quindi, utilizzando la congiunzione disgiuntiva "ovvero", tre diverse ipotesi in cui viene consentita una sostanziale deroga al principio generale di immodificabilità della composizione dell'ATI:

- il fallimento di uno dei mandanti;

- la morte, interdizione, inabilitazione o fallimento dell'imprenditore individuale;
- l'applicazione della normativa antimafia.

Pertanto, l'ipotesi dell'applicazione della normativa antimafia non è circoscritta, testualmente, ai soli imprenditori individuali, come invece sostiene la Regione.

Né può farsi applicazione dell'art. 12 del d.P.R. n. 252-1998, norma eccezionale che si applica ai soli lavori pubblici, come tale non estendibile ai servizi pubblici (fra cui rientra l'appalto de quo); peraltro, il Consorzio GESCO non ha posto a fondamento della propria censura l'art. 12 del d.P.R. 252-1998, quanto, piuttosto, l'art 37, comma 19, del d.lgs. n. 163-2006.

Infine, non è accoglibile la censura dell'appellante Regione Campania, secondo cui la mandataria non ha dimostrato in giudizio di possedere i requisiti necessari ad espletare per intero il servizio a mente dell'art 37, comma 19", atteso che tale presupposto non è oggetto di questo giudizio, tantomeno del solo giudizio d'appello, ove l'eccezione è stata formulata, dovendo essere invece frutto di uno specifico ed approfondito accertamento di pertinenza degli uffici competenti della stazione appaltante.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la Regione appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore dell'appellato Consorzio GESCO, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2014

IL SEGRETARIO

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