

N. 02627/2015REG.PROV.COLL.

N. 04815/2012 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 4815 del 2012, proposto dalla s.r.l. La Neolitica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Coletta e Eugenio Carbone, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuglio Cimaglia in Roma, viale G. Marconi, n. 56;

contro

Il Comune di Letino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Palma, con domicilio eletto presso l'avvocato Ferruccio De Lorenzo in Roma, via Luigi Luciani, n. 1;

nei confronti di

La s.r.l. LF Palumbo Costruzioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria RTI, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Abbamonte e Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Maria D'Angiolella in Roma, via Terenzio, n. 7;
RTI Ditta della Corte Antonio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 2838/2012, resa tra le parti, concernente una gara d'appalto per la realizzazione dei lavori di riqualificazione infrastrutturale finalizzata alla fruizione ambientale e turistica dell'area naturale Pietra Penta all'interno del Parco Regionale del Matese e limitrofa al Lago di Gallo Matese – Letino.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Letino e della s.r.l. LF Palumbo Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti l'avvocato Eugenio Carbone e l'avvocato Leopoldo Di Bonito, su delega dell'avvocato Giuseppe Palma;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. VIII, con la sentenza 15 giugno 2012, n. 2838, ha accolto il ricorso incidentale della originaria controinteressata ed ha respinto il ricorso principale proposto dall'attuale appellante per l'annullamento dei verbali della gara aventi ad oggetto la realizzazione dei «lavori di riqualificazione infrastrutturale finalizzata alla fruizione ambientale e turistica dell'area naturale Pietra Penta all'interno del Parco regionale del Matese e limitrofa al lago di Gallo Matese–Letino»; della determinazione n. 77-III del 4 settembre 2010, con la quale il responsabile dell'U.T.C. ha aggiudicato in via provvisoria l'appalto all'A.T.I. Palumbo Costruzioni; del verbale di consegna dei lavori sotto riserva di legge, prot. 2334 dell'11 settembre 2010, con cui la stazione appaltante ha autorizzato l'esecuzione dei lavori nelle more della stipula del contratto.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando sinteticamente che, in base ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e buona fede, l'onere dichiarativo concernente le specifiche risorse messe a disposizione, i mezzi, le attrezzature, i beni finiti e i materiali, addetti facenti parte dell'organico dell'ausiliaria non può non intendersi logicamente riferito alla sola ipotesi di avalimento dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo, e non anche all'ipotesi di avalimento dell'altrui attestazione SOA.

In particolare, il TAR, onde acclarare l'effettiva e completa disponibilità dei requisiti idoneativi, è ha ritenuto illogico imporre ai concorrenti di indicare dettagliatamente le risorse economico-finanziarie e tecnico-organizzative fornite dalle imprese ausiliarie, posto che tali risorse devono considerarsi immanenti ed assorbite entro le qualificazioni SOA delle menzionate imprese ausiliarie, in quanto sintesi espressive della loro globalità.

Pertanto, ha concluso il TAR, si appalesano illegittime le previsioni del bando che obbligano i concorrenti, in caso di avalimento integrale dell'attestazione SOA di altra impresa ausiliaria, a dettagliare specificamente le singole risorse messe a disposizione (mezzi, attrezzature, beni e materiali, addetti) e tale conclusione non viene inficiata dalla nuova formulazione contenuta nell'art. 88 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (secondo cui il contratto di avalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente «le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico»), posto che la disposizione da ultimo citata presenta carattere innovativo e non è applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame: dalle considerazioni svolte discende che, trattandosi di una previsione di bando illegittima *in parte qua*, la violazione della medesima non poteva condurre alla estromissione del raggruppamento aggiudicatario.

Il TAR ha conseguentemente respinto il ricorso di primo grado, che si basava sulla previsione del bando, considerata illegittima in accoglimento del ricorso incidentale

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo i seguenti motivi d'appello:

- *error in iudicando ed in procedendo*; carenza assoluta di motivazione; violazione dell'art. 42 c.p.a.;
- *error* nei presupposti di fatto e di diritto; carenza di motivazione; *error in iudicando*; erronea applicazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006;
- fondatezza del ricorso principale (violazione delle norme di gara; violazione della *par condicioparticipationis*; eccesso di potere; violazione del giusto procedimento).

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

Si costituivano il Comune appellato ed il controinteressato, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 24 febbraio 2015, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che l'appello sia infondato.

Con il primo motivo di appello riguardante l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado, l'appellante sostiene che l'impresa Della Corte Antonio, in proprio e nella qualità di mandante dell'ATI con la s.r.l. L.F. Palumbo Costruzioni, avrebbe notificato il gravame incidentale prima di ricevere la notifica del ricorso principale, quando non aveva ancora acquisito lo *status* di parte processuale, ed ha dedotto che tale posizione di parte processuale non potrebbe ritenersi acquisita per effetto della notifica in data 22 novembre 2011 dell'istanza per la concessione delle misure cautelari, che varrebbe come mera "*denuntiatio litis*".

Il Collegio non condivide tale eccezione.

In primo luogo, dopo la notifica dell'integrazione del contraddittorio, l'impresa mandante (unitamente alla capogruppo L.F. Palumbo) ha nuovamente proposto il gravame incidentale entro il termine di legge; tale rilievo esclude che possa essere dichiarata l'irricevibilità del ricorso incidentale di primo grado rispetto al termine di cui all'art. 42 c.p.a.

In secondo luogo, rilevano le peculiari circostanze processuali che hanno preceduto questa fase del giudizio.

Il ricorso di primo grado è stato una prima volta accolto dal TAR con una sentenza che, in accoglimento dell'appello della società Palumbo, è stata annullata da questa Sezione, con una sentenza (16 settembre 2011, n. 5190) che aveva rilevato la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti della mandante, società Della Corte, nonché il mancato rispetto del termine previsto dall'art. 60 del codice del processo amministrativo (con preclusione in concreto della possibilità di proporre un ricorso incidentale).

A seguito del deposito della sentenza resa in sede d'appello, l'impresa Della Corte ha opportunamente notificato il ricorso incidentale tenendo in considerazione i termini decorrenti dalla notifica del ricorso per misure cautelari proposto dall'appellante La Neolitica, per evitare di incorrere in una eventuale tardività per l'ipotesi in cui il suo ulteriore ricorso, contenente una istanza per misure cautelari, fosse qualificabile quale atto riassuntivo dell'originario giudizio.

Ciò comporta che il ricorso incidentale è stato proposto ritualmente in primo grado: l'impresa Della Corte era stata evocata in giudizio e ben poteva notificare tale ricorso prima della sua formale costituzione nel giudizio nuovamente pendente presso il TAR.

Del resto, a seguito dell'eccezione sollevata dalla società La Neolitica avanti al TAR, vi è stata l'ulteriore notifica del ricorso incidentale e dei suoi motivi integrativi: i relativi termini erano ancora pendenti, atteso che l'atto di integrazione del contraddittorio era stato notificato all'impresa Della Corte Antonio in data 27 dicembre 2011.

2. In relazione al secondo motivo d'appello, il Collegio osserva che esso si fonda sulla più recente previsione dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010, peraltro non applicabile *ratione temporis* al caso in esame.

In ogni caso, l'articolo richiamato distingue tra l'avvalimento di specifici requisiti (ove si richiedono ulteriori specificazioni) e l'avvalimento di SOA, come nella specie; nel caso in esame, infatti, la ditta Della Corte Antonio ha fatto ricorso all'avvalimento per l'attestazione SOA relativa alla categoria OG13, classifica III, stipulando un contratto di avvalimento con la s.r.l. Barone Costruzioni, in possesso di tale qualifica.

Avvalersi dell'attestazione SOA di una ditta ausiliaria, in specifico, significa senz'altro avvalersi di tutto ciò che il rilascio di quella attestazione presuppone; in altri termini, il contratto di avvalimento non può consistere in un mero «prestito del requisito», astrattamente considerato, ma deve consistere in un sostanziale prestito di tutti i requisiti sulla base dei quali quell'attestazione SOA è stata rilasciata.

L'avvalimento dell'attestazione SOA di altro soggetto implica, in altre parole, l'avvalimento del complesso inscindibile dei requisiti la cui accertata sussistenza ha consentito di ottenere la relativa attestazione.

Pertanto, una clausola di bando, come quella di specie, risulta illegittima ed irragionevole, atteso che le problematiche che essa intende risolvere attengono alla valutazione sull'idoneità in concreto del contratto di avvalimento a "trasferire" detto requisito: tale contratto non costituisce un "tipo" civilistico, bensì un mero schema avente natura contrattuale, che attua il "prestito" dei requisiti di cui il concorrente è carente, mettendo a disposizione le risorse (di cui deve essere valutata in concreto l'idoneità, diversa a seconda della tipologia del requisito "prestato").

Pertanto, la clausola sull'avvalimento delle SOA, avente portata escludente in astratto, non è prevista dalla legge ed incorre nel divieto sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici.

3. Stante l'infondatezza anche del secondo motivo d'appello per i motivi sopra detti, va confermata la statuizione del TAR di accoglimento del ricorso incidentale di primo grado.

Pertanto, non può essere esaminato il terzo motivo d'appello, con cui si ripropongono i motivi del ricorso principale di primo grado, che resta inammissibile alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014.

Infatti, da un lato, alla gara hanno partecipato, *inter alia*, la costituenda ATI L.F. Palumbo Costruzioni srl - Della Corte Antonio e la s.r.l. La Neolitica; pertanto, si tratta di una gara con più di due partecipanti, con la conseguenza che non è ammissibile, alla luce della citata sentenza dell'Adunanza Plenaria, l'esame incrociato del ricorso principale di primo grado e del ricorso incidentale di primo grado, ma deve essere data prevalenza al ricorso incidentale di primo grado.

Dall'altro lato, si osserva che, con il terzo motivo, parte appellante deduce che gli atti di gara sarebbero illegittimi nella parte hanno ammesso (e non escluso) l'offerta dell'ATI L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l. - Della Corte Antonio, poiché (in

ipotesi) la documentazione esibita in ordine all'avvalimento sarebbe incompleta e non sarebbe stata formulata in conformità alle previsioni del bando di gara, disposte a pena di esclusione.

Sul punto, va richiamato il principio formulato da questo Consiglio (Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7262), per il quale una previsione del bando, come quella ora in esame, se interpretata nel senso di richiedere ulteriori dichiarazioni oltre quelle previste dall'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 anche nel caso di avvalimento dell'attestazione SOA, risulterebbe illegittima, perché comporterebbe una indebita restrizione della concorrenza.

Pertanto, attesa la sua non univocità, tale clausola va letta in coerenza con il principio di massima partecipazione, escludendosi che essa faccia riferimento a requisiti ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli richiesti dalla legge.

Pertanto, non risultano sussistenti le violazioni della *lex specialis*, dedotte dall'appellante.

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

Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate, attesa la novità delle questioni concernenti il regime di avvalimento delle SOA.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso RG n. 4815-2012), lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2015

IL SEGRETARIO

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