



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 in appello iscritto al numero di registro generale 2111 del 2011, proposto da:

MATROCINQUE COSTRUZIONI S.R.I., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Scarinzi, Luca Tozzi e Silvano Tozzi, con domicilio eletto presso Lodovico Visone in Roma, via del Gesù, n. 62;

contro

COMUNE DI ROCCA D'EVANDRO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Sergio Messorè, con domicilio eletto presso Paolo Papa in Roma, via Casalmonteferrato, n. 21 int. 16;

nei confronti di

NEOLITICA S.R.L., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Zaccari Carmine S.r.l., Co. Metal di Lavorgna

Leonardo, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

I.C.I. IMPRESA COSTRUZIONI INDUSTRIALI S.R.L. e INFRAGEST S.R.L., ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Antonio Bifulco e Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, Sez. VIII, n. 1209 del 25 febbraio 2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA GARA PER "LAVORI DI COMPLETAMENTO FUNZIONALE DELLE INFRASTRUTTURE DELL'AREA PIP IN LOCALITA' VANDRA - 2° LOTTO - 1° STRALCIO";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rocca D'Evandro e delle società I.c.i. sr.l. e Infragest S.r.l., che hanno spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Tozzi Luca, Sanino, in proprio e per delega dell'avv. Messoro, e Bifulco;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. All'esito della procedura aperta indetta dal Comune di Rocca d'Evandro con bando prot. n. 5400 del 21 giugno 2010 per l'appalto dei "Lavori di completamento funzionale delle infrastrutture dell'area PIP in località Viandra – II lotto – I stralcio" per un importo complessivo di €. 1.449.458,82 + I.V.A. (oltre ad €. 19.895,00 + I.V.A., per oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza, non soggetti a ribasso), è stata dichiarata aggiudicataria dei predetti lavori, giusta verbale della commissione di gara del 27 agosto 2010, la costituenda A.T.I. tra I.C.I. s.r.l. e Infragest s.r.l. (la cui offerta aveva conseguito complessivamente punti 98,123, di cui punti 65 per l'offerta tecnica, punti 15 per l'offerta dei tempi di esecuzione e punti 18,123 per l'offerta economica).

Essendo emerse cause ostative alla stipula del contratto di appalto per la mancata quantificazione degli oneri di sicurezza, come contestato dalla società Mastrocinque Costruzioni s.r.l., seconda classificata, l'amministrazione appaltante, giusta verbale in data 2 settembre 2010 (5^a seduta), ha prima invitato l'A.T.I. aggiudicataria a comunicare immediatamente gli oneri della sicurezza non indicati nell'offerta economica e successivamente, giusta verbale in data 2 settembre 2010 (6^a seduta), ha preso atto dell'integrazione (oneri di sicurezza €. 19.895,50, mentre nella quota migliorativa essi erano indicati in €. 2.204,00) e, in dichiarata autotutela, ha nuovamente aggiudicato l'appalto alla predetta A.T.I. tra I.C.I. s.r.l. e Infragest

s.r.l.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. VIII, con la sentenza n. 1209 del 25 febbraio 2011, definitivamente pronunciando: 1) sul ricorso iscritto al NRG. 5170/2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Mastrocinque Costruzioni s.r.l. per l'annullamento del bando di gara, dell'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. tra I.C.I. s.r.l. e Infragest s.r.l., del silenzio serbato dall'amministrazione appaltante sul preavviso di ricorso oltre che dei verbali di causa, nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione dalla gara della predetta A.T.I. tra I.C.I. s.r.l. e Infragest s.r.l., poi dichiarata aggiudicataria, per l'omessa indicazione nell'offerta della somma relativa agli oneri di sicurezza nonché per l'omessa produzione del documento di identità dei sottoscrittori della copia del certificato di qualità aziendale e di attestazione SOA, della dichiarazione di impegno a costituire l'A.T.I., di insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38, comma 1, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'indicazione degli esponenti aziendali in carica e cessati dalla carica nell'ultimo triennio; 2) sul ricorso iscritto al NRG. 5665/20\0, pure integrato da motivi aggiunti, proposto dall'A.T.I. costituenda tra Neolitica s.r.l. (mandataria capogruppo) con Zaccari Carmine s.r.l. e Co. Metal s.r.l. (terza classificata) per l'annullamento degli stessi atti impugnati con il ricorso NRG. 5170/2010 per la mancata esclusione dalla gara della società Mastrocinque Costruzioni s.r.l. (che nel dichiarare di avvalersi della D'Angelo Costruzioni s.r.l.

aveva omissso di specificare le risorse economico – finanziarie e tecnico – organizzative fornite dall’ausiliaria, come previsto dalla sez. VII del bando di gara, e che aveva prodotto in sede di gara una copia semplice della certificazione di qualità aziendale, non sottoscritta dal proprio legale rappresentante, non corredata da una sua separata attestazione di conformità) e per la mancata esclusione dell’A.T.I. aggiudicataria (avendo l’impresa I.C.I. omissso di allegare all’attestazione di conformità della copia semplice della certificazione di qualità aziendale il documento di identità del soggetto attestante);

3) sul ricorso incidentale spiegato nel ricorso NRG. 5665/2010 dalla società Mastrocinque Costruzioni s.r.l. avverso l’ammissione alla gara della stessa Neolitica s.r.l., che aveva a sua volta omissso di indicare gli oneri di sicurezza sulla base delle proposte migliorative apportate al progetto a base d’asta e che aveva omissso di sottoscrivere e corredata del documento di identità le prodotte copie delle attestazioni SOA e dei certificati del casellario giudiziale; riuniti i ricorsi, ha accolto sia il ricorso principale che quello incidentale della società Mastrocinque Costruzioni s.r.l., ritenendo illegittima l’ammissione alla gara dell’A.T.I. aggiudicataria e di quella con capogruppo la società Neolitica s.r.l., per non aver indicato nelle proprie rispettive offerte le somme a titolo di oneri per la sicurezza, sia il ricorso proposto dall’A.T.I. Neolitica s.r.l., ritenendo illegittima anche l’ammissione della società Mastrocinque Costruzioni s.r.l. per vizi attinenti all’avvalimento, con conseguente caducazione dell’intera

procedura di gara.

3. La predetta società Mastrocinque Costruzioni s.r.l. ha chiesto la riforma in parte qua della predetta sentenza, alla stregua di un solo motivo di gravame, rubricato “Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione (artt. 74, 86 comma 3 bis, e 88 D. Lgs. 163/2006) e della lex specialis (Capo VII) – Sull’illegittimità dell’aggiudicazione e sull’obbligo di esclusione dell’A.T.I. I.C.I. Progest”, con il quale ha sostenuto che, diversamente da quanto opinato dai primi giudici, aveva correttamente utilizzato l’istituto dell’avvalimento, rispettando tutte le prescrizioni di legge e del bando, evidenziando che l’avvalimento nel caso di specie aveva riguardato i requisiti di qualificazione e non già le risorse economiche e/o le garanzie, il che rendeva ultronea, gravosa ed inutile la ulteriore dichiarazione concernente i mezzi necessari, i materiali, il numero degli addetti messi a disposizione dall’impresa ausiliaria, dichiarazione dalla cui mancanza i primi giudici avevano fatto discendere l’esclusione dalla gara; ciò senza contare che, in presenza della documentazione prodotta, da cui emergeva inconfutabilmente che l’impresa ausiliaria aveva messo a disposizione l’intera azienda, l’amministrazione appaltante avrebbe potuto eventualmente chiedere chiarimenti ed integrazione, ma giammai disporre direttamente l’esclusione dalla gara.

Ha resistito al gravame il Comune di Rocca d’Evandro, deducendone l’improcedibilità, l’inammissibilità e l’infondatezza e chiedendone

pertanto il rigetto.

L'impresa I.C.I. s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Infragest s.r.l., oltre a resistere all'avverso gravame, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza, ha altresì spiegato appello incidentale, chiedendo la riforma della impugnata sentenza nella parte in cui aveva ritenuto incompleta e indeterminata la sua offerta per la asserita mancata indicazione della somma a titolo di oneri di sicurezza sulle proposte migliorative, rilevando che dai documenti depositati, ed in particolare nell'elaborato "quadro comparativo estimativo" gli importi indicati erano già comprensivi degli oneri di sicurezza.

Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

4. Alla pubblica udienza del 28 giugno 2011, cui la causa è stata rinviata, su accordo delle parti, dalla precedente udienza in camera di consiglio del 31 maggio 2011 per la sua immediata definizione, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Priorità logica – giuridica impone alla Sezione di esaminare innanzitutto l'appello incidentale spiegato dall'I.C.I. s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Infragest s.r.l., aggiudicataria dell'appalto, che con un unico motivo di gravame, denunciando "violazione e falsa applicazione di legge (artt. 74 e 86, comma 3 bis, del D. Lgs. n. 163/2006); violazione e falsa applicazione del Bando

di gara (sez. X.5 e mod. A1)”, ha lamentato la erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto incompleta e indeterminata la sua offerta per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza sulle proposte migliorative, atteso che i primi giudici non si erano avveduti che dai documenti depositati in sede di gara (in particolare nell’elaborato “quadro comparativo estimativo”) gli importi indicati erano già comprensivi degli oneri di sicurezza: infatti l’eventuale fondatezza di tale mezzo, comportando la legittimità dell’operato dell’amministrazione appaltante e quindi dell’aggiudicazione, renderebbe improcedibile per carenza di interesse l’appello principale.

Il motivo di gravame spiegato con l’appello incidentale è tuttavia infondato.

5.1. Occorre premettere che il bando di gara al punto VII.2.1 (“Valutazione dell’offerta”) nello stabilire i criteri di valutazione dell’offerta ai fini dell’individuazione di quella economicamente più vantaggiosa, prevedeva, tra l’altro, “1.a) integrazioni e migliorie agli interventi previsti, anche con modifiche di carattere funzionale e distributivo atte ad ottimizzare la funzionalità dell’opera” e “1.b) migliorie agli interventi previsti, relativi all’utilizzo di soluzioni tecniche, tecnologiche e dei materiali in relazione alle peculiari caratteristiche del sito, finalizzate a garantirne la conservazione e l’economicità nella gestione e nella manutenzione, con particolare riferimento al centro servizi”.

Il punto X.3 del bando (“Documentazione tecnica – busta n. 2) prescriveva il contenuto della documentazione necessaria (a pena di esclusione) ai fini dell’ammissibilità dell’offerta tecnica, contemplando in particolare: a) gli elaborati progettuali modificativi e/o integrativi del progetto esecutivo dell’Amministrazione; b) quadro comparativo (senza prezzi) tra il progetto posto a base di gara ed il progetto con le migliori offerte; c) relazione dettagliata, suddivisa in capitoli, illustrativa dei punti salienti delle migliorie e/o integrazioni offerte, in relazione ai punteggi da attribuire ai concorrenti.

Il successivo il punto X.5 del bando gara (“Offerta economica busta - n. 4”), dopo aver indicato i documenti, a pena di esclusione, che dovevano essere inseriti nella busta n. 4 (1) quadro comparativo tra il progetto posto a base di gara ed il progetto con le migliori offerte dall’impresa, con i relativi prezzi ed analisi; 2) l’offerta economica, redatta in bollo, in lingua italiana, utilizzando l’allegato modello A1), stabiliva che “gli oneri della sicurezza vanno opportunamente rapportati al progetto dell’impresa, se diverso da quello posto a base di gara. In tal caso è ovvio che il ribasso offerto è da computarsi sul conseguente importo, al netto dei nuovi oneri della sicurezza”.

5.2. In punto di fatto occorre rilevare che, come emerge dagli atti di causa, la costituenda A.T.I. tra I.C.I. s.r.l. e Infragest s.r.l. offrì, utilizzando il modello A1 (come prescritto dal ricordato bando di gara), un ribasso del 10,33% sull’importo a base d’asta

(corrispondente complessivamente ad un importo netto di €. 1.299.729,724, senza alcuna indicazione dell'importo relativo agli oneri della sicurezza.

Solo a seguito della contestata richiesta dell'amministrazione appaltante, con la nota in data 2 settembre 2010, la predetta A.T.I. precisò che le opere aggiuntive e/o migliorative previste nel progetto offerto ammontavano ad €. 147.975,83 (di cui €. 145.771,83 per lavori ed €. 2.204,00 per oneri della sicurezza [diretti ed indiretti]).

5.3. Ciò premesso la Sezione è dell'avviso che sul punto contestato la sentenza impugnata non merita le critiche mosse.

E' pacifico, per stessa ammissione dell'A.T.I. appellante incidentale, che la sua offerta conteneva opere aggiuntive e/o migliorative e che il relativo importo dei lavori comportava anche un determinato importo per gli oneri della sicurezza, di cui non vi era alcuna traccia nell'offerta economica, redatta sul modello A1: ciò integrava la violazione della puntuale previsione del bando di gara, contenuta nel punto X.5., secondo cui "gli oneri della sicurezza vanno opportunamente rapportati al progetto dell'impresa, se diverso da quello posto a base di gara. In tal caso è ovvio che il ribasso offerto è da computarsi sul conseguente importo, al netto dei nuovi oneri della sicurezza".

L'A.T.I. aggiudicataria in realtà doveva quindi esclusa dalla gara per tale macroscopica violazione, il che rende illegittima la determinazione assunta in data 2 settembre 2010

dall'amministrazione appaltante, con la quale quest'ultima ha chiesto invece chiarimenti ed integrazioni con riferimento alla mancata indicazione dell'importo corrispondente agli oneri della sicurezza.

E' appena il caso di rilevare al riguardo che proprio dal tenore letterale della nota in data 2 settembre 2010 si evince che i presunti chiarimenti costituiscono una vera e propria integrazione, postuma ed inammissibile, dell'offerta presentata: di meri chiarimenti o di integrazione ammissibile si sarebbe trattato solo se, non essendo state proposte con l'offerta lavori aggiuntivi e/o migliorativi rispetto a quelli previsti dall'amministrazione l'importo degli oneri della sicurezza, fosse rimasto invariato, coincidendo con quello indicato nel bando di gara (circostanza che pacificamente non si è verificata nel caso in esame).

Peraltro, diversamente da quanto prospettato dall'A.T.I. appellante, l'esame del quadro comparativo non contiene alcuna specifica indicazione in ordine all'importo degli oneri di sicurezza, limitandosi ad affermare che "gli importi complessivi del presente quadro comparativo sono da intendersi comprensivi degli oneri della sicurezza": il che conferma, sotto altro concorrente profilo, la riscontrata violazione della *lex specialis* di gara.

L'appello incidentale deve essere pertanto respinto.

6. Passando all'esame dell'appello principale proposto dalla società Mastrocinque S.r.l., la Sezione è dell'avviso che anch' esso sia infondato e debba essere respinto, il che esime dall'esame delle

eccezioni di inammissibilità dello stesso sollevate dall'appellato Comune di Rocca d'Evandro.

Con l'unico motivo di gravame la predetta società Mastrocinque s.r.l., seconda classificata nella gara di appalto di cui si discute, ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto rilevante e decisiva l'omessa dichiarazione dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui essa ricorrente era carente: secondo l'appellante tale dichiarazione era ultronea ed inutile, rappresentando un inutile aggravamento del procedimento, essendo pacifico che nel caso in esame che l'avvalimento aveva riguardato solo i requisiti di qualificazione e non già le risorse economiche e/o le garanzie.

La tesi non può essere condivisa.

Infatti, se è vero che l'articolo 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ammette esplicitamente l'avvalimento anche per l'attestazione della certificazione SOA, la stessa norma subordina tale facoltà all'espresso impegno da parte dell'impresa ausiliaria, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

L'omissione di tale dichiarazione, nel caso di specie prevista anche dal bando di concorso, non poteva che comportare l'esclusione dalla gara, non solo in quanto, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la stessa amministrazione appaltante non può

disapplicare le disposizioni contenute nella lex specialis da essa stessa poste, ma anche perché l'avvalimento nei requisiti soggettivi di qualità (nel caso di specie qualificazione nella categoria OG11, classifica II) deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente “prestare” la certificazione posseduta (C.d.S., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2343), giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (C.d.S., sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7592), garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.

Né, a superare tali rilievi, è sufficiente richiamare, come pretende l'appellante, la responsabilità solidale che, con il contratto di avvalimento, l'impresa ausiliaria ha assunto nei confronti dell'amministrazione appaltante relativamente ai lavori oggetto dell'appalto, trattandosi di un conseguenza che discende direttamente dalla legge e si giustifica proprio (e esclusivamente) per la effettiva partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione dell'appalto (C.d.S., sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956, secondo cui l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente, obbligazione che si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti), effettiva partecipazione che non si

rinviene nel caso di specie, mancando la dichiarazione di messa a disposizione di risorse, mezzi o di altro elemento necessario ai fini dell'avvalimento.

7. In conclusione devono essere respinti tanto l'appello principale che l'appello incidentale.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica nondimeno la integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla società Mastrocinque Costruzioni s.r.l. e sull'appello incidentale spiegato dal R.T.I. tra I.C.I. s.r.l. e Infragest s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. VIII, n. 1209 del 25 febbraio 2011, li respinge entrambi e dichiara interamente compensate tra le parti le spese 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 28 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2011

IL SEGRETARIO

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