



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Ottava)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 254 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Edile Stradale D'Agostino Antonio, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Tamburrino, Giuseppe Tamburrino, con domicilio eletto presso Francesco Tamburrino in Napoli, C.Direzionale Is.G8 St.Tornitore;

***contro***

Comune di San Potito Sannitico in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Ricigliano, con domicilio eletto presso Vincenzo Cappello in Napoli, p.zza Francese, 1/3;

***nei confronti di***

Consorzio Stabile Sannio Appalti s.c.r.l., Termotetti Costruzioni s.r.l., Gianvincenzo Petriella, in proprio e in qualità presidente del

Consorzio Stabile Sannio Appalti s.c.r.l., e Luigi Imperadore, in proprio e in qualità di amministratore delegato del Consorzio Stabile Sannio Appalti s.c.r.l. e della Termotetti Costruzioni s.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Maurizio Federico Ricciardi, con domicilio eletto in Napoli, alla via del Parco Margherita, c/o studio Lemmo;

*per l'annullamento*

NOTA N. 8101 DEL 25/11/2010. PROROGA DEI TERMINI DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE RELATIVE ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE E COMPLETAMENTO DELLA RETE FOGNARIA E DEL DEPURATORE - II E III LOTTO FUNZIONALE.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Potito Sannitico in persona del Sindaco p.t., di Sannio Appalti Soc. Cons., di Gianvincenzo Petriella e di Luigi Imperadore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2011 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori sono presenti gli avvocati: Tamburrino per la ricorrente, Ricigliano Maurizio per il

Comune di San Potito Sannitico, Ricciardi Maurizio Federico per il Consorzio Sannio Appalti. il ricorso viene spedito in decisione;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, notificato il 3 gennaio 2011 e depositato il 12 gennaio 2011, l'Impresa Edile Stradale D'Agostino Antonio, in proprio e in qualità di mandataria del RTI costituendo con la CO.MO.TER. s.r.l., impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla procedura aperta indetta dal Comune di San Potito Sannitico per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di ristrutturazione e completamento della rete fognaria comunale e depuratore (secondo e terzo lotto funzionale): -- determinazione del responsabile del Settore Lavori pubblici del Comune di San Potito Sannitico n. 2 del 27 gennaio 2010 e nota del 25 novembre 2010, prot. n. 8101, con le quali era stata, rispettivamente, disposta e comunicata la proroga dei termini di presentazione delle offerte dal 1° febbraio 2010 all'8 febbraio 2010; -- verbali di gara del 15 ottobre 2010, del 25 ottobre 2010, del 3 novembre 2010, dell'8 novembre 2010 e del 12 dicembre 2010; -- gli atti preordinati, connessi e consequenziali;
- richiedeva, altresì, il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente monetario, siccome derivante dall'operato asseritamente illegittimo dell'amministrazione intimata;
- a sostegno dell'esperito gravame, deduceva le seguenti doglianze: 1-

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 66, 70, 71, nonché dell'allegato IX/A del d.lgs. n. 163/2006; violazione degli artt. 1, 3 e 6 della l. n. 241/1990, dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, della par condicio tra i concorrenti e della lex specialis di gara; eccesso di potere per difetto dei presupposti, error in procedendo, difetto e/o insufficienza della motivazione, illogicità, manifesta ingiustizia, sviamento; 2) violazione della par condicio tra i concorrenti; violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto, erroneità e insufficienza della motivazione, difetto dei presupposti, sviamento;

- in estrema sintesi, l'Impresa D'Agostino (la quale aveva presentato la propria offerta entro il 1° febbraio 2010), ammessa alla fase di apertura delle offerte economiche insieme al Consorzio stabile Sannio Appalti s.c.r.l. ed alla Alcas s.r.l. (entrambe le quali avevano presentato le proprie offerte dopo il 1° febbraio 2010), lamentava che: -- la determinazione di proroga n. 2 del 27 gennaio 2010, sprovvista del numero e della data di iscrizione nel registro generale del Comune e nel registro particolare del Settore, sarebbe stata affissa all'albo pretorio comunale soltanto il 27 febbraio 2010 (ossia ampiamente dopo lo spirare del differito termine di presentazione delle offerte) e non sarebbe stata resa nota mediante apposito avviso sul medesimo albo pretorio comunale e sul sito internet della stazione appaltante; -- a differenza di quanto ritenuto dall'amministrazione intimata, non si sarebbe verificata alcuna

discordanza tra le informazioni fornite sull'albo pretorio e quelle fornite sul sito internet del Comune, che giustificasse la disposta proroga del termine di presentazione delle offerte alla data dell'8 febbraio 2010; -- l'impugnata nota del 25 novembre 2010, prot. n. 8101, attesterebbe un'affissione all'albo pretorio del 27 gennaio 2010 per la citata determinazione di proroga n. 2 del 27 gennaio 2010, la quale risulterebbe, invece, pubblicata soltanto il 27 febbraio 2010, e soggiungerebbe che tale circostanza sarebbe stata già precisata nella seduta di gara del 3 novembre 2010, il cui verbale non recherebbe, però, alcun riferimento sul punto;

- le medesime censure sopra riportate venivano reiterate dall'Impresa D'Agostino con motivi aggiunti, notificati il 1° febbraio 2011 e depositati il 7 febbraio 2011, avverso: -- la determinazione del responsabile del Settore Lavori pubblici del Comune di San Potito Sannitico n. 2 del 21 gennaio 2011, recante l'aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio stabile Sannio Appalti; -- la nota del Comune di San Potito Sannitico, prot. n. 440, del 21 gennaio 2011, con la quale era stata comunicata la predetta aggiudicazione definitiva; -- la nota del Comune di San Potito Sannitico, prot. n. 268, del 17 gennaio 2011, con la quale era stata comunicata la graduatoria definitiva di gara (ove l'Impresa D'Agostino risultava classificata al terzo posto, dopo il Consorzio stabile Sannio Appalti e la Alcas); -- la determinazione del responsabile del Settore Lavori pubblici del Comune di San Potito Sannitico n. 1 del 19 gennaio 2011, recante

l'aggiudicazione provvisoria in favore del Consorzio stabile Sannio Appalti e la relativa nota di comunicazione, prot. n. 335, del 19 gennaio 2011; -- i verbali di gara del 15 dicembre 2010 e del 14 gennaio 2011; -- gli atti preordinati, connessi e consequenziali;

- successivamente, l'Impresa D'Agostino, in esito al deposito in giudizio, da parte del Comune di San Potito Sannitico, di copia della determinazione di proroga n. 2 del 27 gennaio 2010, recante, quale data di affissione all'albo pretorio, il 27 gennaio 2010, proponeva i seguenti motivi aggiunti, notificati il 21 febbraio 2011 e depositati il 22 febbraio 2011: incompetenza; violazione dei principi sanciti dal d.lgs. n. 267/2000 e dal d.p.r. n. 445/2000, dell'art. 32 della l. n. 39/2009, dei principi generali in tema di atti di conoscenza; eccesso di potere per sviamento;

- lamentava, in particolare, la ricorrente che: -- l'affissione all'albo pretorio della della determinazione di proroga n. 2 del 27 gennaio 2010 sarebbe stata curata da organo all'uopo incompetente; -- la data di affissione riportata sulla copia della citata determinazione di proroga n. 2 del 27 gennaio 2010 risulterebbe indebitamente corretta a penna in 27 gennaio 2010, a fronte di quella del 27 febbraio 2010, indicata nel testo fidefaciente del sito internet della stazione appaltante;

- costituitisi sia l'amministrazione comunale intimata sia il controinteressato Consorzio stabile Sannio Appalti, eccepivano l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame esperito

ex adverso, del quale richiedevano, quindi, il rigetto;

- con atto notificato il 1° febbraio 2011 e depositato il 2 febbraio 2011, il Consorzio stabile Sannio Appalti proponeva, altresì, ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara dell'Impresa D'Agostino;

- a supporto, denunciava i seguenti vizi: 1) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; violazione degli artt. 25 della l. r. Campania, n. 3/2007, 37 del d.lgs. n. 163/2006, 95 del d.p.r. n. 554/1999; carenza assoluta di istruttoria; sviamento; 2) violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi generali in tema di par condicio tra i concorrenti; sviamento;

- in estrema sintesi, il Consorzio stabile Sannio Appalti deduceva che: -- l'Impresa D'Agostino e la CO.MO.TER., riunite in costituendo raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale, non avrebbero indicato, in sede di presentazione dell'offerta, le rispettive quote di partecipazione e di esecuzione con riguardo alla categoria OG3, con conseguente impossibilità di accertare il possesso maggioritario dei requisiti in capo alla mandataria; -- l'Impresa D'Agostino avrebbe ommesso di allegare all'offerta l'impegno del fideiussore al rilascio della polizza assicurativa ex art. 129 del d.lgs. n. 163/2006, così come richiesto a pena di esclusione dalla lex specialis di gara;

- alla camera di consiglio del 23 marzo 2011, la proposta istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 531/2011;

- all'udienza pubblica del 9 novembre 2011, la causa veniva trattenuta

in decisione;

Rilevato, in rito, che il ricorso incidentale, proposto dal Consorzio stabile Sannio Appalti al fine di contestare la legittimazione della ricorrente principale, Impresa D'Agostino, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di affidamento, va, comunque, esaminato prioritariamente, pur in caso di allegazione di un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera gara, a prescindere dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di vizi dedotti dalla ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2011);

Considerato, in merito al ricorso incidentale proposto dal Consorzio stabile Sannio Appalti, che:

- la disciplina di gara individuava come prevalente la categoria di lavori OG6 (acquedotti e fognature), classifica IV, per un importo pari a € 2.024.648,12, e come scorporabile la categoria OG3 (opere stradali), classifica II, per un importo pari a € 264.146,58;
- l'Impresa D'Agostino e la CO.MO.TER., in sede di presentazione dell'offerta, hanno dichiarato di partecipare alla procedura concorsuale, rispettivamente, in qualità di mandataria e mandante del raggruppamento temporaneo tra loro costituendo, con quote pari al 51% ed al 49% dell'importo dei lavori ricompresi nella categoria OG6; nessuna indicazione hanno, invece, fornito con riguardo alla porzione di lavori rientrante nella categoria OG3;

- a prescindere dalla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale) e dalla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 98/2009; sez. VI, n. 2783/2009; sez. V, n. 5098/2009; n. 744/2010; sez. IV, n. 606/2011), tale ultima indicazione era da reputarsi indefettibile, in virtù del principio di corrispondenza sostanziale tra le quote di qualificazione possedute dalle due imprese raggruppate, le quote di partecipazione dalle stesse dichiarate nella rappresentazione della compagine e le quote di esecuzione dei lavori (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 6586/2004; n. 249/2007; sez. VI, n. 416/2008; n. 3144/2009; n. 472/2011; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 97/2005; n. 358/2005; n. 116/2006; n. 519/2006; n. 906/2007; sez. VI, n. 3144/2009; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 2726/2004; sez. III, n. 754/2005; Catania, sez. IV, n. 1025/2006; Palermo, sez. III, n. 640/2008; TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 249/2007; Catanzaro, sez. I, n. 1293/2007; Reggio Calabria, sez. I, n. 817/2010; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, n. 408/2008; TAR Lazio, Latina, n. 386/2010);

- essa si imponeva, infatti, per l'esigenza della stazione appaltante sia di accertare ex ante se i concorrenti riuniti fossero in possesso dei requisiti idoneativi in proporzione alle rispettive quote di partecipazione sia di assicurarsi che l'impegno da essi assunto in sede di offerta fosse serio e affidabile in rapporto alle loro qualificazioni e che, quindi, i lavori fossero eseguiti in proporzione a queste ultime

ed alle quote di partecipazione dichiarate; esigenza che è rimasta frustrata, non essendo stato assolto l'obbligo di specificazione discendente direttamente dalla norma imperativa contenuta nell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 6586/2004; sez. VI, n. 1011/2007; n. 2310/2007; sez. V, n. 3793/2008; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 519/2006; TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 562/2006; Palermo, sez. III, n. 987/2006; n. 1125/2006; Catania, sez. IV, n. 222/2007; TAR Lazio, Roma, sez. III ter, n. 12512/2006; TAR Calabria, Reggio Calabria, n. 249/2007; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 31118/2010; TAR Liguria, Genova, sez. II, n. 5260/2010);

- è pur vero che l'indicazione delle quote di partecipazione dei singoli membri del raggruppamento temporaneo di imprese può essere ritenuta non necessaria, laddove la relativa struttura sia "tale da non determinare dubbio alcuno in merito al riparto dei lavori" (Cons. Stato, sez. VI, n. 5787/2008);

- tale argomento non può, tuttavia, essere invocato a sostegno della tesi della ricorrente principale, secondo cui i lavori previsti in appalto sarebbero stati ripartiti tra le imprese raggruppate in quote di partecipazione e di esecuzione limitatamente alla categoria prevalente OG6, e non anche con riferimento alla categoria scorporabile OG3, da intendersi implicitamente e interamente imputata (in assenza di indicazione espresse di segno diverso) alla mandataria Impresa D'Agostino;

- le ellittiche modalità di formulazione dell'offerta del RTI Impresa D'Agostino – CO.MO.TER. (in cui le quote di partecipazione risultavano suddivise in misura pari, rispettivamente, al 51% ed al 49% dell'importo dei soli lavori ricompresi nella categoria OG6) e la perfetta fungibilità tra le qualificazioni possedute dalle due imprese riunite (entrambe nella categoria OG6, classifica III, e nella categoria OG3, classifica III) non consentivano, infatti, di individuare le quote di partecipazione convenute con riguardo alla categoria scorporabile OG3, non desumibili in rapporto alle (identiche) qualificazioni possedute dall'Impresa D'Agostino e dalla CO.MO.TER. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 472/2011; TAR Abruzzo, L'Aquila, n. 226/2011), al punto che quest'ultima avrebbe potuto teoricamente partecipare anche per l'intera porzione di lavori rientranti nella categoria scorporabile OG3 (per un importo pari a € 264.146,58) e, sommandola al 49% dichiarato per la categoria prevalente OG6 (per un importo pari a € 992.077,58), assumere, così, un ruolo maggioritario (per un importo pari a € 1.256.224,16, a fronte di complessivi € 2.288.794,70), non ascrivibile, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.p.r. n. 554/1999, ad una impresa mandante; tanto meno, poi, dette circostanze consentivano di stabilire l'esatta e necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione giammai identificabili con certezza e quote di esecuzione dell'appalto posto in gara;

- ai sensi del paragrafo 12 del disciplinare di gara, la fideiussione

bancaria o assicurativa ex art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 avrebbe dovuto “contenere, pena l’esclusione, l’impegno del fideiussore al rilascio della cauzione definitiva ai sensi dell’art. 113 del d.lgs. n. 163/2006 e art. 129 del medesimo decreto, in caso di aggiudicazione”;

- ora, la polizza fideiussoria esibita in gara dal RTI Impresa D’Agostino – CO.MO.TER. riporta l’impegno del garante “a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, prevista dall’art. 30, comma 2, della l. n. 109/1994 e dall’art. 113 del d.lgs. n. 163/2006 qualora il contraente risultasse aggiudicatario”, senza menzionare espressamente l’impegno ad emettere la polizza assicurativa ex art. 129 del d.lgs. n. 163/2006 contro i rischi di esecuzione dell’appalto;

- l’omessa allegazione dell’impegno del garante provvisorio al rilascio di tale polizza assicurativa integrava, dunque, una violazione della regola concorsuale dettata dal paragrafo 12 del disciplinare di gara, cui il Comune di San Potito Sannitico, nel comminare la sanzione espulsiva, si era indefettibilmente autovincolato e che, quindi, non avrebbe potuto disapplicare;

- la stazione appaltante aveva, infatti, autolimitato ex ante il proprio potere discrezionale, elidendo ogni margine per successive valutazioni circa la rilevanza di eventuali irregolarità o carenze e si era, quindi, definitivamente vincolata ad estromettere le imprese che avessero omesso, in tutto o in parte, un simile adempimento (cfr., in

tal senso, ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 2830/2001; sez. IV, n. 4572/2001; n. 6440/2002; n. 6674/2002; sez. V, n. 357/2003; n. 918/2003; n. 1551/2003; n. 1856/2003; n. 3345/2003; n. 3866/2003; 4326/2003; sez. V, n. 307/2004; n. 1551/2004; sez. IV, n. 3297/2004; sez. V, n. 3456/2004; sez. IV, n. 5198/2004; sez. V, n. 1453/2006; n. 2269/2006; n. 3280/2006; n. 3436/2008; n. 4252/2008; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 3389/2008; Napoli, sez. VIII, n. 1144/2008; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 1057/2009; TAR Liguria, Genova, sez. II, n. 2897/2009);

- stante l'evidenziato autovincolo, nonché il limite costituito dal rispetto della par condicio (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 2191/2002; sez. IV, n. 6684/2002; sez. V, n. 357/2003; n. 5463/2003; sez. V, n. 364/2004; n. 7905/2004; sez. IV, n. 4559/2005; n. 2254/2007; sez. V, n. 4027/2007; n. 567/2008; n. 498/2009; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 4027/2007; TAR Puglia, Lecce, sez. III, n. 2108/2009), ed a fronte di una inadempienza addebitabile al solo RTI concorrente (TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 796/2004; TAR Campania, Salerno, n. 399/2004), essa doveva, dunque, indefettibilmente disporre l'esclusione dalla gara, soprattutto in quanto prevista da una puntuale clausola concorsuale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 1331/2004; n. 624/2005; sez. V, n. 3280/2006; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 601/2001); Ritenuto, in conclusione, che:

- alla luce della ravvisata fondatezza delle censure proposte dal

Consorzio stabile Sannio Appalti, così come dianzi scrutinate, va accolto l'esperito gravame incidentale, con conseguente declaratoria di improcedibilità del ricorso principale (avverso la determinazione di proroga n. 2 del 27 gennaio 2010, l'ammissione delle imprese classificatesi in posizioni antecedenti nella graduatoria di gara rispetto al RTI Impresa D'Agostino – CO.MO.TER. e l'aggiudicazione definitiva in favore della prima classificata) e della connessa domanda risarcitoria;

- quanto alle spese di lite: -- esse devono seguire la soccombenza e vanno liquidate a carico della ricorrente principale in complessivi € 6.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 3.000,00 in favore, rispettivamente, dell'amministrazione resistente e del ricorrente incidentale;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Stabile Sannio Appalti s.c.r.l.;
- per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale, proposto dall'Impresa Edile Stradale D'Agostino Antonio;
- condanna l'Impresa Edile Stradale D'Agostino Antonio al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi € 6.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 3.000,00 in favore, rispettivamente, del Comune di San Potito Sannitico e del Consorzio

Stabile Sannio Appalti s.c.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2012

IL SEGRETARIO

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