



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

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 2424 del 2012 proposto dalla s. r. l. Tralice Costruzioni, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia e Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Stazione Unica Appaltante -Provincia di Caserta, n. c. ;

nei confronti di

Castaldo spa quale capogruppo mandataria della costituenda ATI, ATI - Gesteco spa, ATI - Mafra srl, ATI - Caccavale Mario srl, rappresentati e difesi dagli avv. Massimo Caiano e Antonio Ausiello, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI - SEZIONE VIII, n. 950/2012, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE DEL NUOVO IMPIANTO DI DISCARICA ED OPERE NEL COMUNE DI S. TAMMARO IN LOCALITÀ MARUZZELLA - 2°STRALCIO -IMPIANTO BIOGAS ED IMPIANTO DI PERCOLATO;

Visto il ricorso in appello principale della società Tralice, con i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale della società Castaldo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 24 aprile 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Migliarotti e Antonio Ausiello;

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

1.- premesso che la s.p.a. Castaldo ha impugnato, dinanzi al TAR Campania –Napoli, la nota n. prot. 706 del 3.1.2012 della Provincia di Caserta avente a oggetto l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo impianto di discarica ed opere nel Comune di San Tammaro in località Maruzzella -2°stralcio-impianto biogas e impianto di percolato, e la determinazione dirigenziale n. 140/W del 5 dicembre 2011 di aggiudicazione della predetta gara;

che, con la sentenza oggetto del presente giudizio, il TAR ha accolto il ricorso con riferimento al terzo e al quarto motivo di ricorso, in relazione alla omessa dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163/06 da parte di quattro procuratori “ad negotia” e di un institore preposto a una sede secondaria; e con riguardo al motivo sub 8 del ricorso, per la omessa presentazione del modello GAP da parte della impresa ausiliaria Marcopolo Engineering s.p.a. , con la conseguenza che la società Tralice Costruzioni andava esclusa dalla procedura;

che, inoltre, il TAR ha rigettato in modo esplicito gli altri motivi di gravame proposti;

che la società Tralice ha proposto appello principale e la Castaldo Costruzioni appello incidentale, limitatamente ai capi di sentenza che hanno respinto le censure residue formulate in primo grado, concludendo per la declaratoria di inammissibilità e di improcedibilità dell'appello principale;

2.-considerato che l'appello incidentale va respinto e l'appello principale accolto;

2.1.- ritenuto in particolare che, quanto all'appello incidentale, da esaminarsi in via prioritaria:

-il motivo di appello sub I è infondato atteso che il contratto di avvalimento tra Marcopolo Engineering e Tralice Costruzioni risulta conforme alle prescrizioni di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici giacché contiene un impegno e indicazioni sufficientemente specifici e puntuali;

-sulla affermata violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 (cfr. motivo sub II.) in quanto l'impresa ausiliaria non avrebbe reso le dichiarazioni di cui al citato art. 38 in ordine ai legali rappresentanti e direttori tecnici delle società cedenti, cessati dalla carica nel triennio, va condivisa la statuizione del TAR sulla insussistenza dell'obbligo specifico della dichiarazione in parola (cfr. CdS, sez. V, n. 8044/10, cui si rinvia ai sensi degli articoli 60, 74 e 88, comma 2, lett. d) del c. p. a.) ;

-sul III motivo, circa il fatto che Tralice Costruzioni andava esclusa dalla procedura in quanto il legale rappresentante della impresa ausiliaria Marcopolo Engineering avrebbe dichiarato l'assenza di pregiudizi penali nei confronti dei soggetti cessati dalla carica senza indicare né le qualifiche né il nominativo dei soggetti medesimi (dichiarazione fatta "ad incertam personam", come tale "tamquam non esset"), in base a quanto afferma in modo condivisibile la difesa dell'appellante principale, senza contestazione a questo riguardo da parte della difesa dell'appellante incidentale (se non sulla irrilevanza dei nominativi ricavabili da altri documenti), tutti i soggetti dell'ausiliaria Marcopolo tenuti a rendere le dichiarazioni ex art. 38 hanno compilato e sottoscritto il relativo modello, con la conseguente ininfluenza della omessa specificazione dei nominativi nella dichiarazione del legale rappresentante della stessa Marcopolo: ciò basta per superare anche il terzo motivo;

-circa la dedotta violazione dell'art. 4.4. del disciplinare di gara in

relazione all'art. 7.1. del disciplinare medesimo (motivo sub IV.), per quanto riguarda l'obbligo –e i limiti- delle dichiarazioni delle imprese ausiliarie risulta trovare applicazione il p. 2.3. del disciplinare di gara, con conseguente insussistenza degli obblighi indicati nel motivo sub IV. a carico della impresa ausiliaria; in ogni caso va condiviso il rilievo del TAR secondo cui l'opinabilità della non risalezza nel tempo e della rilevanza delle operazioni societarie suddette, “essendo ancorate a una valutazione di tipo soggettivo, non consentirebbe comunque di ritenere con certezza violata la prescrizione”;

2.2.- l'appello principale va accolto giacchè:

-sulla questione relativa alla individuazione dei soggetti obbligati alla dichiarazione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/06, il Collegio condivide la giurisprudenza della Sezione sull'argomento (v. , da ultimo, le sentenze nn. 1186/12, 6136/11, 1782/11, 513/11 ; v. anche sez. III, n. 6777/11, cui si rinvia anche ai sensi dell'art. 60 del c. p. a.) , con la conseguente insussistenza dell'obbligo di effettuare le dichiarazioni di cui al citato art. 38 nei confronti dei procuratori e dell'istitutore indicati alle pagine 10 e 11 sent. TAR;

-quanto alla omessa presentazione del modello GAP da parte della impresa ausiliaria Marcopolo Engineering, come rilevato dall'appellante Tralice Costruzioni, da un raffronto tra il contenuto del modello GAP compilato dalla concorrente Tralice e il contenuto del documento “sezione V” citato da Tralice si ricava che la Marcopolo ha fornito alla stazione appaltante i dati corrispondenti

alle indicazioni del modello GAP, dal che consegue la insussistenza di una violazione della “lex specialis” tale da comportare l’esclusione dell’appellante dalla procedura;

che dunque l’appello incidentale va respinto e l’appello principale accolto e, per l’effetto, va respinto il ricorso proposto in primo grado;

che le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente decidendo sul ricorso in epigrafe così provvede: previa reiezione dell’appello incidentale, accoglie l’appello principale e, per l’effetto, rigetta il ricorso di primo grado proposto dalla s.p.a. Castaldo.

Condanna l’appellata / appellante incidentale Castaldo a rimborsare spese, diritti e onorari del doppio grado di giudizio a favore della società Tralice Costruzioni nella misura complessiva di € 5.000 (euro cinquemila/00), oltre a IVA e a CPA.

Nulla per le spese nei confronti della P. A. .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 aprile 2012 con l’intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2012

IL SEGRETARIO

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