



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 7679 del 2012, proposto da:

Di Geronimo Gerardo Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Donato Cicenìa, con domicilio eletto presso Stefano Brizi in Roma, via Alberto Guglielmotti, n. 2;

contro

Maffullo Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Di Lieto, con domicilio eletto presso Santina Murano in Roma, via Pelagio I, n. 10;

Comune di Colliano, rappresentato e difeso dall'avv. Ennio De Vita, con domicilio eletto presso Carmine De Vita in Roma, via Gallia, n. 122;

Commissione Giudicatrice Per Affidamento Appalto Lavori di Sistemazione Ambientale, Ditta Insalata, Colgema Group, Lancieri Snc dei F.Lli Antonio e Lorenzo Martiniello, La Neolitica Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 01631/2012, resa tra le parti, concemente affidamento lavori di sistemazione ambientale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Maffullo Costruzioni Srl e di Comune di Colliano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Cicenìa, Di Lieto e De Vita;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti di legge per la definizione del giudizio di merito con sentenza succintamente motivata come da avviso dato alle parti;

Rilevato che con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto da Maffullo Costruzioni s.r.l., quinta classificata all'esito della gara, avverso gli atti della procedura indetta dal Comune di Colliano ai fini dell'affidamento dei lavori di sistemazione ambientale dei Valloni Cantarelli, Costa della Terra, Pisconito, Pisto Guglielmo, Iardino, Lotto I, procedura culminata nell'aggiudicazione in favore della ditta Di Geronimo;

Ritenuto, a confutazione dell'eccezione svolta dalla Maffullo Costruzioni, che la legittimazione ad appellare trova

fondamento nella qualità dell'appellante, dimostrata in atti, di "conferitaria" del ramo d'azienda interessato dalla procedura di gara;

Reputato, inoltre, che sono ammissibili i motivi di appello con i quali la parte ricorrente ripropone le censure articolate con il ricorso incidentale di prime cure, in quanto, per un verso, dette censure erano volte a contestare la sussistenza della posizione legittimante posta inscindibilmente a fondamento sia del ricorso principale che dei successivi motivi aggiunti e che, in ogni caso, non risulta gravata da specifica censura la statuizione implicita adottata dal Primo Giudice in ordine all'ammissibilità del ricorso incidentale;

Ritenuto che sono positivamente apprezzabili i motivi del ricorso incidentale volti a contestare la mancata produzione, da parte dell'impresa ausiliaria De Rosa Costruzioni, del DURC, del certificato camerale e del documento di valutazione dei rischi;

Reputato, in particolare, che:

a) alla stregua di un consolidato e condivisibile orientamento ermeneutico, il combinato disposto degli articoli 38 e 49 del codice dei contratti pubblici impone, alla luce del dato letterale e dell'argomento teleologico, a tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono ai pubblici appalti, in veste di affidatari, sub-affidatari, consorziati, componenti di a.t.i. e ausiliari in sede di avalimento, non solo di essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 38 cit., ma anche di dichiararne il possesso e di fornirne la relativa dimostrazione a termini di legge e in conformità alla disciplina di gara (cfr., da ultimo, Cons. St., sez. V, 15 giugno 2010, n. 3759; sez. V, 23 maggio 2011, n. 3077; Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 2155);

b) le previsioni recate dalla *lex specialis* della procedura in merito alla produzione dei documenti in esame sono inscindibilmente riferibili, alla luce della richiamata equiparazione normativa, sia al soggetto che assume la qualifica formale di concorrente sia all'impresa che partecipa alla procedura nella veste di ausiliaria;

c) il riscontro della carenza documentale imponeva, alla luce della comminatoria di esclusione sancita dalla disciplina di gara, l'esclusione dalla procedura senza che residuassero spazi per invocare l'istituto del soccorso amministrativo;

Ritenuto che risulta fondato anche il motivo di ricorso incidentale volto a contestare la dichiarazione resa dalla ricorrente originaria ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera *m quater*, e comma 2, del codice dei contratti pubblici, in quanto la contemporanea allegazione delle alternative dichiarazioni attestanti l'insussistenza di situazioni di controllo rilevanti ai sensi dell'art. 2359 c.c. e la mancata conoscenza della partecipazione alla procedura di soggetti versanti in tale situazione ha introdotto un quadro informativo perplesso e contraddittorio tale da impedire alla stazione appaltante di conoscere la sussistenza di situazioni di controllo e di esercitare le eventuali verifiche al riguardo;

Reputato che, alla stregua dei principi condivisibili fissanti dalla decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, la fondatezza del ricorso incidentale escludente implica l'inammissibilità del ricorso principale in ragione dell'insussistenza della necessaria legittimazione ad agire;

Ritenuto, infine, che sussistono, in ragione della peculiarità delle questioni oggetto di giudizio, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso incidentale di primo grado e dichiara l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2012

IL SEGRETARIO

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