



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

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 10013 del 2009, proposto da:
Cogedi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso
dagli avv. Massimo Caiano e Antonio Ausiello, con domicilio eletto presso
Alessandro Trani in Roma, p.zza Dante, 12;

contro

Comune di Portici, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avv. Silvano Tozzi, con domicilio eletto presso Studio Visone in Roma, via del
Seminario, 113/116;

nei confronti di

Ati Langella Srl, quale Mandante Ati Itener Arte Srl-Langella Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n.
07696/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. CAMPANIA -
NAPOLI: SEZIONE VIII n. 07696/2009, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO LAVORI DI RESTAURO E ADEGUAMENTO
FUNZIONALE EX "PALAZZO CAPOSELE" - RIS.DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Portici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2010 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Ausiello e Tozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il giudizio ha ad oggetto la procedura di gara indetta dal Comune di Portici per l'affidamento dei lavori di restauro e adeguamento funzionale a sede universitaria per corsi di specializzazione del fabbricato di proprietà comunale ex "Palazzo Caposele" con importo a base d'asta di Euro 7.064.379,16 (categorie OG2 e OG11), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, all'esito della quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore della costituenda associazione temporanea di imprese Itiner Arte s.r.l. – Langella s.r.l., mentre seconda graduata è risultata la società CO.GE.DI. s.r.l..

Con il ricorso di primo grado l'odierna appellante ha impugnato gli atti di procedura culminati nell'aggiudicazione in esame.

In una fase successiva il Comune di Portici ha adottato la determinazione dirigenziale n. 290 del 20 marzo 2009 con la quale ha disposto l'annullamento integrale, in autotutela, della procedura di che trattasi in forza delle considerazioni che seguono:

- in seguito alle doglianze espresse dalla ricorrente nel primo motivo del ricorso originario in ordine alla mancata allegazione da parte della Itiner Arte della dichiarazione di cessazione dalla carica di amministratore e di direttore tecnico del Sig. Giacomo Ascione (oggetto del primo motivo di illegittimità del ricorso

introduttivo), la stazione appaltante ha invitato l'aggiudicataria provvisoria a fornire le proprie giustificazioni e controdeduzioni;

- l'a.t.i. Itiner ha rappresentato di aver trasmesso a suo tempo, in plico sigillato, la documentazione richiesta dalla *lex specialis* di gara, in seguito esaminata dalla commissione di gara che ne ha verificato la completezza, ammettendo il raggruppamento al prosieguo delle operazioni di gara concluse con l'aggiudicazione provvisoria;

- ad ogni buon fine, l'a.t.i. Itiner ha trasmesso copia della dichiarazione prevista dall'art. 3 lett. a) del disciplinare a suo tempo presentata in sede di gara, diffidando espressamente l'Amministrazione dal procedere alla revoca dell'aggiudicazione;

- sulla base del parere fornito dall'Avvocatura Comunale la stazione appaltante, in sede di verifica della regolarità formale dell'operato della commissione di gara ai sensi degli artt. 11 e 12 D.Lgs. 163/2006, ha riscontrato che solo successivamente alla pacifica conclusione delle operazioni di gara è emersa una contestazione sulla completezza della documentazione prodotta dalle imprese partecipanti che (anche a causa della mancata previsione di specifiche modalità di elencazione e numerazione delle pagine) ha determinato una situazione di oggettiva incertezza "sia in relazione alla presenza o meno del documento di cui si tratta, sia in relazione alla sussistenza di strumenti sicuramente attendibili per l'oggettivo riscontro dell'accaduto e delle relative responsabilità";

- tenuto conto di tale "situazione di obiettiva insanabile incertezza che, incolpevolmente venutasi a determinare, risulta tale da compromettere l'esito sicuramente imparziale, e scevro da possibili contenziosi, della stessa procedura" l'Amministrazione ha disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. Itiner ed inoltre anche dell'intera gara d'appalto, stabilendo di indire una nuova procedura con separato provvedimento.

Detta determinazione amministrativa è stata gravata con successivo atto con motivi aggiunti proposto dalla stessa Co. Ge. Di.

2. Con la sentenza appellata il Tribunale ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti e la conseguente improcedibilità del ricorso originario.

Co.Ge.Di contesta gli argomenti posti a fondamento della sentenza gravata.

Resiste il Comune di Portici, che propone altresì appello incidentale.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

3. Si deve in via preliminare analizzare il motivo di ricorso con il quale parte appellante contesta la dichiarazione di irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti pronunciata dal Tribunale muovendo dall'assunto dell'applicabilità ai motivi aggiunti del dimezzamento dei termini processuali sancito dall'art. 23 *bis* della legge n. 1034/1971.

Il motivo di appello merita accoglimento.

La Sezione condivide, infatti, l'interpretazione sostenuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione 15 aprile 2010, n. 2155), secondo cui alla proposizione di motivi aggiunti in tema di contenzioso relativo agli appalti non si applica il dimezzamento del termine previsto dall'art. 23 *bis*, comma 2, l. 1034/1971 in quanto, anche con riguardo ai motivi aggiunti come per il ricorso introduttivo va considerata l'esigenza di garantire la piena effettività del diritto di difesa. La "ratio" sottesa alla scelta del legislatore di mantenere il termine ordinario di 60 giorni per la proposizione del ricorso introduttivo, scelta finalizzata a favorire la tutela e l'esercizio del diritto di difesa, può rinvenirsi in via interpretativa anche per la proposizione dei motivi aggiunti, senza che sia però necessario distinguere tra i diversi tipi di motivi aggiunti.

4. Si deve allora procedere allo scrutinio dei motivi di ricorso, partendo proprio dalle doglianze che ripropongono le censure introdotte con i richiamati motivi aggiunti proposti avverso l'atto di autotutela.

Dette censure non meritano accoglimento alla stregua dei rilievi che seguono.

Va rammentato che con il primo motivo del ricorso originario la parte oggi appellante aveva impugnato l'aggiudicazione provvisoria deducendo la mancata allegazione da parte della Itiner Arte della dichiarazione di cessazione dalla carica di amministratore e di direttore tecnico del Sig. Giacomo Ascione (oggetto del primo motivo di illegittimità del ricorso introduttivo).

Osserva il Collegio che la decisione dell'amministrazione di annullare in via integrale la procedura di gara costituisce la conseguenza logica dell'istruttoria disposta dall'amministrazione in ordine a detta deficienza con l'acquisizione anche delle osservazioni della controparte e di un parere legale sulla vicenda.

Detta istruttoria non ha, infatti, consentito di appurare in termini di certezza se detta mancanza fosse imputabile ad una deficienza originaria della documentazione ovvero ad un evento sopravvenuto.

A fronte, infatti, delle indicazioni dell'appellante e del dato obiettivo dell'assenza del documento al momento del contenzioso, l'amministrazione ha appurato che :

a) l'a.t.i. Itiner ha rappresentato di aver trasmesso a suo tempo, in plico sigillato, la documentazione richiesta dalla lex specialis di gara; b) la commissione di gara ne ha verificato la completezza, ammettendo il raggruppamento al prosieguo delle operazioni di gara concluse con l'aggiudicazione provvisoria; c) l'a.t.i. Itiner ha successivamente trasmesso copia della dichiarazione prevista dall'art. 3 lett. a) del disciplinare a suo tempo presentata in sede di gara, diffidando espressamente l'Amministrazione dal procedere alla revoca dell'aggiudicazione.

Si deve, in particolare, rimarcare che solo dopo la conclusione delle operazioni di gara è emersa una contestazione sulla completezza della documentazione prodotta dalle imprese partecipanti.

Se a tali dati – la verifica positiva della completezza della documentazione da parte della Commissione e la mancanza di contestazioni prima della conclusione della procedura- si aggiunge la decisiva circostanza che la disciplina di gara non prevedeva specifiche previsioni di specifiche modalità di elencazione e numerazione delle pagine, si deve convenire con l'amministrazione che ricorreva una situazione di oggettiva incertezza in merito all'originaria produzione del documento di che trattasi, alle cause del suo mancato rinvenimento ed ai connessi profili di responsabilità. La sussistenza di detta obiettiva ed insanabile incertezza, a fronte delle antitetiche ricostruzioni offerte dalle due parti, ha condotto l'amministrazione alla decisione di annullare integralmente la gara onde evitare le contestazioni giurisdizionali che sarebbero state mosse in caso di aggiudicazione in favore di una delle due imprese contendenti.

La sostanziale indefettibilità di detta conclusione e la circostanza che essa sia intervenuta prima dell'aggiudicazione definitiva e della conseguente stipulazione contrattuale, implicano la reiezione anche delle censure con cui si è dedotta la violazione del disposto degli artt. 3 e 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

5. Vanno a questo punto esaminate le censure proposte in primo grado con eccezione di quella relativa alla mancanza documentale che ha condotto alla rammentata determinazione in autotutela;

Dette censure vanno respinte alla stregua dei rilievi che seguono:

a) non è fondata la censura con la quale si deduce la violazione della normativa in materia di avvalimento nonché delle norme al riguardo dettate alla *lex specialis*, posto che la documentazione prodotta dalla società mandataria Itiner Arte s.r.l. dimostra in modo idoneo, ai sensi degli artt. 49 e 50 del codice dei contratti

pubblici, la volontà della mandataria di avvalersi dei requisiti e della certificazione di qualità della società Russo s.a.a., l'ambito dell'avvalimento e l'impegno corrispondente assunto dall'impresa ausiliaria a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie, mentre è rimessa alla fase dell'esecuzione del contratto e dei relativi controlli da parte della stazione appaltante la verifica in ordine all'effettiva utilizzazione delle risorse di che trattasi in esecuzione del contratto di avvalimento;

b) non sussiste la dedotta violazione dell'art. 49, comma 6, del codice dei contratti pubblici, richiamato dall'art. 4 del disciplinare, in quanto la normativa in esame esclude l'utilizzo di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione, non già il cumulo, nella specie verificatosi per la categoria OG2, tra avvalimento e associazione di una mandante;

c) l'interpretazione teleologicamente orientata dell'art. 6 del disciplinare fa sì che, in caso di utilizzo della certificazione di qualità dell'impresa ausiliaria, l'impresa concorrente che se ne avvalga possa godere del beneficio, ex art. 75, comma 7, del codice dei contratti pubblici, della riduzione alla metà dell'importo della garanzia;

d) la dedotta dichiarazione del raggruppamento di voler subappaltare opere scorporabili non subappaltabili non conduce all'esclusione del raggruppamento ove questo sia dotato della relativa qualificazione ma impedisce solo l'effettiva subappaltabilità di dette opere;

e) dall'esame della documentazione in atti si evince che non sussiste, in capo al raggruppamento aggiudicatario, una carenza nell'abilitazione per gli impianti di cui alla legge n. 46/11

990 sanzionata dal bando con l'esclusione dalla procedura;

f) l'autonomia della nuova procedura rispetto a quello oggetto di annullamento in autotutela non consente di valutare positivamente le censure volte a stigmatizzare le diverse regole scelte dalla stazione appaltante nell'esercizio, non irragionevole, del suo potere discrezionale.

6. L'infondatezza delle censure dedotte con la domanda impugnatoria e le considerazioni prima svolte sulla mancanza di colpa amministrativa esclude che possa trovare accoglimento la domanda risarcitoria proposta dall'appellante.

Del pari, l'infondatezza di detto appello principale esonera il Collegio dell'esame dell'appello incidentale proposto dal Comune appellato.

.5. L'appello va, in definitiva, respinto, con conferma, pur se con diversa motivazione., della sentenza gravata.

La peculiarità delle questioni oggetto del giudizio giustifica la compensazione delle spese del presente grado.

.

P.Q.M.

Respinge l'appello e conferma, con diversa motivazione, la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione