

Publicato il 28/01/2021

N. 00617/2021 REG.PROV.COLL.
N. 03122/2020 REG.RIC.



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3122 del 2020, proposto da
Impresa Edile Coop. Mi.Ru., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero,
Concetta Borgese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio fisico eletto in Napoli, via Vittorio Veneto, 288/A;

contro

Comune di Marcianise, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Sabatino Rainone, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Impresar s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato Francesco Miani, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli, via Toledo, 116;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 576 del 6.8.2020 con la quale il Comune di Marcianise (CE) ha disposto l'autorizzazione alla "...sostituzione delle ditte ausiliarie originariamente indicate in sede di gara con le nuove DI.GI. s.r.l. Lavori ... e Russo Costruzioni e Restauri S.r.l.", ed all'uopo confermato l'aggiudicazione, in favore della Impresar S.r.l., dell'appalto per la "Progettazione esecutiva ed esecuzione lavori per il rifacimento della fognatura e della rete di distribuzione idrica nel centro abitato";

- ove e per quanto occorra, dell'originario provvedimento di aggiudicazione dell'appalto de quo, nonché degli atti del procedimento di verifica del possesso dei requisiti – e di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compreso il contratto d'appalto, ove stipulato, e l'eventuale affidamento dei lavori.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Marcianise e di Impresar s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2021 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020 e al D.P.C.S. del 28.12.2020 - il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Impresa Edile Coop Mi.Ru. ha partecipato alla procedura aperta indetta nel 2014 dal Comune di Marcianise per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione lavori per il rifacimento della fognatura e della rete di distribuzione idrica nel centro abitato", con importo a base d'asta di €

5.472.768,31 collocandosi in seconda posizione dopo la prima classificata Impresar s.r.l. alla quale veniva aggiudicato l'appalto con determina n. 1806 del 30.9.2015.

Va premesso che la prima graduata stipulava contratti di avvalimento con due società ausiliarie per dotarsi dei prescritti requisiti di qualificazione riferiti alle Cat. OG3 e OG6.

Alla predetta aggiudicazione non seguiva la stipula del contratto d'appalto per la necessità di acquisire la delibera di ammissione dell'opera al finanziamento regionale e nelle more, con nota del 20.3.2018, il Comune di Marcianise richiedeva alla società aggiudicataria di provvedere alla progettazione esecutiva.

Successivamente all'adozione del decreto regionale di finanziamento del 7.4.2020, a riscontro di specifica istanza del Comune, la Impresar s.r.l. confermava l'offerta presentata chiedendo, tuttavia, di procedere alla sostituzione delle imprese ausiliarie che, nel frattempo, avevano perduto i requisiti prestati a suo tempo in regime di avvalimento.

Con il provvedimento del 6.8.2020 impugnato in questa sede il Comune di Marcianise, previa autorizzazione alla predetta sostituzione, confermava l'aggiudicazione dell'appalto in favore della prima classificata.

2. Parte ricorrente insorge ed affida il gravame ai seguenti profili di illegittimità: violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 163/2006, violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, violazione della lex specialis di gara, violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica e della par condicio dei concorrenti, eccesso di potere per errata ponderazione della fattispecie concreta, carente ed errata istruttoria.

Conclude con le richieste di accoglimento del ricorso, di conseguente annullamento del provvedimento impugnato, di aggiudicazione dell'appalto, di risarcimento dei danni in forma specifica con subentro nel contratto

eventualmente stipulato previa declaratoria di inefficacia, in subordine di refusione dei danni per equivalente monetario.

3. Si sono costituite le controparti processuali che eccepiscono in limine il difetto di giurisdizione di questo Plesso sul presupposto che si tratterebbe di una vicenda successiva all'aggiudicazione dell'appalto avvenuta nel 2015 ed afferente alla fase di esecuzione del contratto, come tale devoluta alla cognizione del giudice ordinario. Oppongono in rito anche l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse in quanto il provvedimento impugnato si attergerebbe come atto plurimotivato e non sarebbe stata censurata la parte in cui si richiama la delibera Anac n. 899/2017 che ha ritenuto legittima la sostituzione dell'ausiliaria che abbia perso i requisiti laddove la contrattualizzazione avvenga a notevole distanza di tempo.

Il Comune osserva inoltre che vi sarebbe anche inammissibilità per carenza di interesse sotto distinto profilo e, in particolare, espone che la società ricorrente non potrebbe aspirare all'affidamento, dal momento che il professionista designato dalla ricorrente come capogruppo del r.t.p. di progettisti, è divenuto dipendente pubblico e, quindi, non potrebbe svolgere attività di impresa, stante il rapporto di esclusività ai sensi dell'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001.

Nel merito, le resistenti replicano alle censure e chiedono il rigetto del ricorso.

4. La società controinteressata Impresar s.r.l. ha proposto ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della Impresa Edile Coop. Mi.Ru. per omessa indicazione degli oneri per la sicurezza interni, in violazione della prescrizione contenuta nella disciplina di gara.

La Impresa Mi.Ru. eccepisce l'inammissibilità del gravame incidentale in quanto tardivamente proposto rispetto ad una fase procedurale conclusa da tempo.

5. All'udienza pubblica del 13.1.2021, svoltasi con modalità telematica ai sensi delle epigrafate disposizioni, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Preliminarmente, non vi è ragione di declinare la giurisdizione.

In materia di appalti pubblici, l'art. 133 comma 1 lettera e) del c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle procedure di affidamento svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e quelle relative alla sola dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione.

6.1. In tale ipotesi rientra il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione impugnato che, invero, segna la conclusione della procedura di affidamento cui segue la stipula del contratto (che non è avvenuta) e la fase esecutiva, la cui cognizione viceversa va ascritta al perimetro della giurisdizione del giudice ordinario (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5116/2015; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 14/2014). Non è quindi pertinente la giurisprudenza richiamata dalla controinteressata (Cass. Civ., Sez. Unite, n. 23468/2016) che riguarda una controversia promossa da una società cessionaria del ramo d'azienda per il subingresso in un accordo quadro stipulato all'esito di una procedura di evidenza pubblica; difatti, in quel caso si trattava di un contenzioso insorto nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, successivo alla stipula del contratto d'appalto che, viceversa, nel caso in esame non risulta perfezionato.

6.2. Le svolte argomentazioni circa la giurisdizione di questo T.A.R. traggono poi linfa dalla pronuncia citata da Impresar s.r.l. (Cass. Sez. Unite, n. 24411/2018), laddove si afferma che il riparto di giurisdizione "a) era ed è disciplinato con la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 cod. proc. amm., sulle controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolti dai soggetti colà indicati, da intendersi comprensive della fase procedimentale dall'inizio della procedura sino al suo esito con l'efficacia del suo provvedimento conclusivo, cioè con l'aggiudicazione definitiva,

estendendosi detta giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonchè in ogni caso ad eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 21-octies o comunque previsti da norme di legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell'aggiudicazione all'atto della sua effettuazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura; b) era ed è regolato, invece, quanto alla situazione successiva all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto, ivi compresa la sua anticipata esecuzione, secondo il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo di modo che si configurava la giurisdizione del giudice amministrativo solo in presenza di una controversia inerente all'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere astratto previsto dalla legge, mentre, al di fuori di tal caso (e, dunque, in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere di quel genere), la situazione era di diritto comune e, dunque, si configurava la giurisdizione del giudice ordinario; c) era regolato dall'attribuzione al giudice ordinario con riferimento alla situazione successiva all'efficacia della conclusione del contratto, salvo sempre il caso di esercizio di poteri di autotutela di annullamento ovvero di revoca dell'aggiudicazione pregressa, sussistendo sul provvedimento nel primo caso la giurisdizione esclusiva dell'a.g.a. e nel secondo la sua giurisdizione di legittimità.”

6.3. Difatti, il giudizio ha ad oggetto lo scrutinio di legittimità del provvedimento di conferma (propria) dell'aggiudicazione, previa autorizzazione alla prima graduata per la sostituzione delle ausiliarie che si erano impegnate a fornire i requisiti occorrenti per la partecipazione alla procedura di gara; detto provvedimento presuppone, quindi, una nuova verifica della stazione appaltante sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara da parte della società

aggiudicataria per il tramite delle ausiliarie e si pone come atto terminale della procedura selettiva. Si aggiunga che non è in contestazione l'adempimento di prestazioni esecutive ma la legittimità dell'atto con cui l'appalto è stato aggiudicato all'operatore controinteressato e che incide sulla posizione giuridica soggettiva della ricorrente (seconda classificata) che assume la consistenza di interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

6.4. Non rileva neppure l'ulteriore precedente giurisprudenziale indicato dalla società resistente (T.A.R. Lombardia, n. 422/2018) con cui è stata declinata la giurisdizione del giudice amministrativo tenuto conto del petitum sostanziale, in un giudizio che aveva ad oggetto la contestazione da parte della stazione appaltante dell'inadempimento dell'affidataria nell'esecuzione in via d'urgenza delle prestazioni e la successiva perdita di un requisito in capo all'ausiliaria, quindi una vicenda che, a differenza di quella in esame, si collocava a valle della disposta aggiudicazione e in una fase esecutiva dell'affidamento.

7. Tanto premesso riguardo alla giurisdizione, occorre preliminarmente vagliare il ricorso incidentale proposto dalla società controinteressata avverso la mancata esclusione della Impresa Mi.Ru.. Al riguardo, si deduce che, nella propria offerta economica, quest'ultima abbia dato solo parziale esecuzione al bando di gara che richiedeva di fornire a pena di esclusione "una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante...con la quale dovrà indicare i costi di sicurezza cosiddetti interni o aziendali, commisurati all'appalto, precisando che gli stessi sono inclusi nell'offerta". Ciò in quanto la società si è limitata a specificare che "i costi di sicurezza interni o aziendali, commisurati all'appalto, sono inclusi nell'offerta", senza tuttavia quantificarli, con la conseguenza che tale carenza si sarebbe tradotta nella indeterminatezza dell'offerta economica - non emendabile con soccorso istruttorio - che avrebbe dovuto condurre alla estromissione dalla gara.

La censura è infondata, con conseguente superfluità dell'esame della eccezione di inammissibilità sollevata dalla ricorrente principale.

7.1. Va preliminarmente rammentato che la procedura in contestazione è stata indetta nel 2014 e, pertanto, è disciplinata *ratione temporis* dal D.Lgs. n. 163/2006. Non trova quindi applicazione il D.Lgs. n. 50/2016 il cui comma 10, nell'attuale formulazione, impone agli operatori di "...indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro..." (cfr. art. 216 del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui "Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte").

7.2. Per l'effetto, non è pertinente il richiamo della ricorrente incidentale all'ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 1/2019 di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di oneri per la sicurezza; difatti, detta pronuncia è stata resa con riguardo alla previsione di cui all'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 che, per la ragione esposta, non trova applicazione nell'appalto de quo.

7.3. Ebbene, la decisione sul gravame incidentale discende dalla piana applicazione dell'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria n. 20/2016 (punto 35) con riguardo alle procedure antecedenti all'attuale Codice degli Appalti pubblici; si è infatti statuito che "Gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in

cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale. In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nei casi in cui ricorre la situazione sopra descritta di affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente".

7.4. A tali coordinate ermeneutiche è riconducibile l'offerta della Impresa Mi.Ru. di cui, contrariamente alle deduzioni della controinteressata, non può essere affermata l'indeterminatezza visto che gli oneri per la sicurezza, seppur non specificamente quantificati, sono stati ricompresi nel ribasso percentuale, così come prescritto dal bando di gara. Data la natura meramente formale della carenza e richiamata l'insussistenza nel quadro normativo vigente ratione temporis di apposito obbligo di quantificazione, non si ravvisano ragioni preclusive all'esperimento del soccorso istruttorio ad opera della stazione appaltante che, invero, non andrebbe ad alterare l'entità dell'offerta (formulata, come si è visto, al lordo di tali oneri) ma sarebbe finalizzata ad esplicitarne una specifica componente.

8. Può infine passarsi all'esame del ricorso principale.

8.1. Preliminarmente, vanno respinte le eccezioni sollevate dalle parti resistenti, atteso che: I) non assume rilievo ostativo la mancata esplicita contestazione della delibera Anac n. 899/2017 citato nella gravata Determinazione Dirigenziale n. 576/2020, non trattandosi di ulteriore ragione autonomamente adottata dall'amministrazione all'esito dell'istruttoria procedimentale, ma di un mero precedente richiamato per corroborare la presunta legittimità dell'azione amministrativa; II) quanto all'eventuale indisponibilità del capogruppo del r.t.p. di progettisti, non si tratta allo stato di impedimento assoluto, considerato peraltro che la dedotta incompatibilità potrebbe essere superata da una eventuale autorizzazione rilasciata dalla competente amministrazione ai sensi dell'art. 53, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

8.2. Nel merito, l'Impresa Mi.Ru. lamenta l'illegittimità dell'azione amministrativa per avere la stazione appaltante acconsentito alla modifica delle società ausiliarie originariamente designate in avvalimento dall'operatore controinteressato, in violazione del D.Lgs. n. 163/2006, applicabile ratione temporis, che non consentiva tale sostituzione e dell'indirizzo espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza 14.9.2017, n.C-223/16) secondo cui "l'articolo 47, paragrafo 2, e l'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore".

8.3. Il ricorso è fondato.

La procedura di gara è governata dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 che, a differenza dell'attuale disciplina in materia di appalti pubblici (art. 89, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016) non consentiva la sostituzione dell'impresa ausiliaria che avesse perduto i necessari requisiti di partecipazione.

D'altra parte, va esclusa l'applicazione retroattiva dell'art. 89, comma 3, del D.Lgs. n. 153/2006 e neppure può essere invocato, ai fini interpretativi, l'art. 63 della direttiva 2014/24 (al quale è stata data esecuzione con il predetto art. 89), alla luce del condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura, mentre sono, al contrario, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (T.A.R. Lazio, n. 226/2018, confermata in appello dal Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6007/2018 che ha ulteriormente precisato che “deve essere confermata la non applicabilità della disciplina della sostituzione dell'ausiliario, come correttamente argomentato dal TAR. Infatti, tale istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento solo con l'art. 89 d.lgs. n. 50-2016, mentre la procedura oggetto di contenzioso è stata bandita nel 2014 e rimane soggetta al regime di cui al d.lgs. n. 163-2006, non potendo in nessun caso trovare applicazione né l'art. 63 della Direttiva né la normativa introdotta dal d.lgs. n. 50-2016, neppure in base al principio del favor participationis. L'applicazione di tale principio incontra, infatti, i limite della regola, ormai consolidata nel campo degli appalti pubblici, del tempus regit actum, cui sono connesse ineliminabili esigenze di certezza del diritto”).

9. Si impone pertanto l'accoglimento della domanda impugnatoria alla luce del predetto quadro normativo applicabile alla procedura de qua e dell'indirizzo espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sopra richiamato (sentenza 14.9.2017, n. C-223/16), con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

In accoglimento della richiesta avanzata con il ricorso principale, va poi dichiarato il diritto della Impresa Mi.Ru. (seconda graduata) all'aggiudicazione dell'appalto, previa verifica dei requisiti ad opera della stazione appaltante.

10. In conclusione, richiamate le svolte considerazioni, il Tribunale provvede nei termini di seguito riportati:

I) rigetta il ricorso incidentale proposto dalla Impresar s.r.l.;

II) accoglie il ricorso principale proposto dalla Impresa Edile Coop. Mi.Ru. e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Rilevata la peculiare natura delle questioni esaminate e all'esito di una valutazione complessiva dei fatti di causa, si dispone l'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti costituite, fermo restando l'obbligo dell'amministrazione comunale soccombente - in applicazione dell'art. 13, comma 6bis.1, del D.P.R. n. 115/2002 - di rimborsare il contributo unificato versato dalla Impresa Edile Mi.Ru. in relazione al gravame principale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così provvede:

- rigetta il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato;
- compensa tra le parti costituite le spese processuali, ad eccezione del contributo unificato versato dalla società Impresa Edile Coop. Mi.Ru. che pone a carico del Comune di Marcianise.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020 e al D.P.C.S. del 28.12.2020 - con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE

Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE

Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO