

MASSIMA – Estratto Sentenza: “[...]Restituita al cotesto precettivo del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, come disegnato dalla giurisprudenza (cfr., ex multis, Cons. St., ad plen n. 8 del 2012), la clausola ribadisce il divieto per il concorrente costituito nelle forme del consorzio stabile di sostituire l’impresa designata per l’esecuzione dei lavori.

*I principi di par condicio e di trasparenza delle operazioni di gara, garantiti dall’insurrogabile valutazione sull’affidabilità tecnica dell’impresa offerente come esperita dalla stazione appaltante nel corso della procedura concorrenziale, confermano sul piano assiologico la legittimità della clausola sì da escludere in radice che possa ritenersi illogica o irragionevole.*

*Viceversa il divieto di modifica soggettiva esteso anche al consorzio stabile contenuto nella clausola, in considerazione del suo tenore testuale, non era suscettibile di essere disatteso, né disapplicato dall’amministrazione appaltante che s’era autovincolata esaurendo sul punto ogni residuo margine d’apprezzamento discrezionale”.*

## **Consiglio di Stato n. 2298 del 30/05/2016**

N. 02298/2016REG.PROV.COLL.

N. 10551/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 10551 del 2015, proposto da:

Consorzio Stabile Società Consortile a.r.l. Grandi Attività Progettuali (Gap), quale mandataria Ati, Ati - Farch Srl, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via degli Avignonesi, n. 5;

contro

Comune di Benevento, in nome del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio Carbone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio D'Aloia in Roma, Via Emilio De Cavaliere, n. 11;

nei confronti di

Edile Domar Srl, Lanzara Srl, Consorzio Stabile Italiano Scarl, Edile Dommar Srl in Fallimento, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I n. 5301/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento di lavori denominati "contratto di quartiere II Santa Maria degli Angeli" e risarcimento dei danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Benevento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte e Eugenio Carbone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Il Consorzio Stabile Società Consortile a.r.l. Grandi Attività Progettuali - GAP (d'ora in poi Consorzio) ha impugnato il provvedimento con il quale il Comune di Benevento, all'esito della procedura d'interpello di cui all'art. 140 d.lgs. n. 163/2006 per l'affidamento dei lavori denominati "Contratto di quartiere II Santa Maria degli Angeli", decideva di non aggiudicargli l'appalto.

Premetteva in fatto che:

- l'appalto, d'importo complessivo a base d'asta pari a 7.880.291, 62 euro, da aggiudicarsi con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aveva ad oggetto il recupero di immobili, la risistemazione degli spazi esterni, la realizzazione di un'area destinata a parcheggio pubblico e di una scuola d'infanzia con categoria prevalente OG1 – VI e categoria scorporabile OG11 – classifica IV;
- con provvedimento dirigenziale del 17 marzo 2010, l'appalto era aggiudicato alla prima classificata ATI Impromed – Mastrocinque Costruzioni che, dopo la stipula del contratto, si era resa inadempiente tanto da indurre il Comune alla risoluzione del contratto di cui all'art. 136 d.lgs. n. 163/2006;
- avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 140 d.lgs. n. 163/2006, il Comune aveva interpellato in ordine di successione sulla base della graduatoria di gara le imprese collocate al secondo e terzo posto, e, una volta escluse, aveva convocato il Consorzio ricorrente, quarto classificato;
- ricevuta la comunicazione, il Consorzio aveva dato atto di aver nel frattempo sostituito l'impresa consorziata S.C.G. Costruzioni s.r.l. designata all'esecuzione dell'appalto, fuoriuscita dalla compagine consortile per scadenza dell'attestazione SOA, con l'impresa De Rose geom. Giampiero s.r.l., esecutrice dei lavori;
- in risposta, il Comune aveva comunicato l'atto impugnato, invocando l'art. 1, punto 3 lett. q) del disciplinare di gara che vieta all'aggiudicatario costituito nelle forme della società consortile di sostituire l'impresa designata per l'esecuzione dei lavori.

Avverso il provvedimento d'esclusione, il Consorzio ha dedotto violazione di legge ed eccesso di potere, lamentando l'omessa considerazione della specificità del consorzio stabile, centro autonomo d'interessi, unico interlocutore dell'amministrazione appaltante, sicché le modifiche soggettive, riguardanti l'impresa consorziata, avrebbero rilievo meramente interno e non incorrerebbero nel principio di immodificabilità delle imprese designate.

Si è costituito in giudizio il Comune di Benevento, instando per l'infondatezza del gravame.

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, sez. I, con la sentenza segnata in epigrafe, ha respinto il ricorso, valorizzando a tal fine la clausola contenuta nella lex specialis che, in conformità al principio di immodificabilità dei partecipanti alle procedure di gara, espressamente sanciva il divieto di sostituzione dell'impresa designata di cui al disciplinare di gara senza che residuasse alcun margine di valutazione discrezionale in capo alla stazione appaltante.

Appella la sentenza il Consorzio. Resiste il comune di Benevento.

Alla pubblica udienza del 21.04.2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

Coi tre motivi d'appello, connotati da un unico filo conduttore, il Consorzio deduce l'errore di giudizio in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure che, in violazione del combinato disposto di cui agli artt. 36 d.lgs. 163/2006 e 1, punto 3, lett. Q) del disciplinare di gara, non avrebbero correttamente interpretato le norme alla luce del favor participationis, senza inoltre considerare l'effettivo ambito applicativo del divieto di sostituzione dell'impresa consorziata circoscritto alla fase della procedura di gara e non anche, come nel caso di specie, alle fasi successive l'aggiudicazione del contratto.

In aggiunta, secondo l'appellante, il Tar non avrebbe esattamente inquadrato il regime giuridico del consorzio stabile, non affatto omologabile a quello previsto per i consorzi ordinari ed i raggruppamenti temporanei d'impresa, tanto che la clausola in esame, estensivamente applicata al consorzio stabile, sarebbe nulla per violazione dell'art.46 d.lgs. n. 163/2006, laddove prescrive che i bandi di gara non possono contenere prescrizioni, a pena d'esclusione, ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dal codice degli appalti e dal regolamento attuativo.

I motivi d'appello sono infondati.

Sovvertendo l'ordine delle censure, mette conto innanzitutto rilevare, quanto alla denunciata – ancorché ipotetica in relazione all'indirizzo interpretativo fatto proprio dai giudici di prime cure – violazione dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 che il bando di gara è stato pubblicato nel 2009 per cui, ratione temporis, non trova applicazione la novella legislativa (cfr., art. 4 comma 2, lett. d) n. 2 d.l. n. 70/2011 conv. in l. n. 21106/2011) che, modificando l'art. 46 comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006, ha sancito il principio di tassatività e tipicità della cause d'esclusione dalle procedure di gara.

Né il tenore lessicale della clausola in esame offre argomenti di supporto per ritenere violato il principio del favor participationis.

Restituita al cotesto precettivo del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, come disegnato dalla giurisprudenza (cfr., ex multis, Cons. St., ad plen n. 8 del 2012), la clausola ribadisce il divieto per il concorrente costituito nelle forme del consorzio stabile di sostituire l'impresa designata per l'esecuzione dei lavori.

I principi di par condicio e di trasparenza delle operazioni di gara, garantiti dall'insurrogabile valutazione sull'affidabilità tecnica dell'impresa offerente come esperita dalla stazione appaltante

nel corso della procedura concorrenziale, confermano sul piano assiologico la legittimità della clausola sì da escludere in radice che possa ritenersi illogica o irragionevole.

Viceversa il divieto di modifica soggettiva esteso anche al consorzio stabile contenuto nella clausola, in considerazione del suo tenore testuale, non era suscettibile di essere disatteso, né disapplicato dall'amministrazione appaltante che s'era autovincolata esauendo sul punto ogni residuo margine d'apprezzamento discrezionale.

Aggiungasi che, come rilevato dall'amministrazione appellata nella memoria di costituzione, l'appellante non ha nemmeno impugnato l'aggiudicazione definitiva (n. 708 d. 30.11.2015) del contratto d'appalto in esame disposto, in pendenza di causa, dal Comune in favore Cogepa s.p.a., che seguiva nella graduatoria di gara il Consorzio.

Al di là del rilievo dell'eccezione dedotta dal Comune sulla corretta dialettica processuale conseguente all'omessa evocazione in giudizio dell'aggiudicataria, l'accoglimento del ricorso avverso l'esclusione postulerebbe, secondo la ricorrente, un effetto caducante dell'aggiudicazione da sempre escluso dalla giurisprudenza (cfr., Cons. St., sez.V, 18 novembre 2011 n. 6093; Id., sez. V, 11 luglio 2008 n. 3433), tanto più con riguardo ad una procedura di gara – come quella che ne occupa – finanziata con fondi statali assoggettata al termine di completamento dei lavori (del 31.12.2015), già decorso.

Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

In considerazione della particolarità della vicenda dedotta in causa sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2016

**IL SEGRETARIO**

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