

Massima: *Avvalimento – cambio ausiliaria carente dei requisiti richiesti.*

Sentenza TAR CAMPANIA n. 5530 del 19/09/2018



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120 cod. proc. ammin., sul ricorso numero di registro generale 3002 del 2018 proposto dalla Global Contact Srl in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Domenico e Gabriele Vitale e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica Committenza (CUC) Agenzia Area Nolana in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;
Comune di Saviano in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

A.G. Costruzioni Generali Srl in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Rosa Laura Di Maro e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Viale Gramsci n.11;

per l'annullamento

previa sospensione, del verbale n.1 del 27/6/2018 di ammissione della A.G. Costruzioni Generali Srl alla procedura di gara per la gestione dei servizi cimiteriali "Capoluogo" e "Sant'Erasmus" del Comune di Saviano; del verbale n.2 del 12/7/2018, del bando e del capitolato d'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati in cui si espone di aver partecipato alla procedura di gara in epigrafe, che con verbale n.1 del 27/6/2018 si disponeva l'ammissione alla gara della ricorrente e della controinteressata e che, a seguito di accesso agli atti, si rilevavano illegittimità che avrebbero

giustificato l'esclusione della A.G. in quanto era stato dichiarato di volersi avvalere della DEPAC soc. coop. a r.l. per tali requisiti detta impresa ausiliaria aveva attestato la inesistenza di soggetti cessati dalla carica mentre invece nel giugno 2017 – dunque nell'anno antecedente la gara- la DEPAC aveva fittato il ramo d'azienda della Alechi soc. coop. sociale ed i legali rappresentanti erano tenuti all'obbligo della dichiarazione ex art.80 del D. Lgs. n.50/2016, in disparte che la società ausiliaria sarebbe in possesso dei requisiti mod.E2 ma sfornita di quelli di cui al mod.E1. Si deducono la violazione dell'art.80 del D. Lgs. n.50/2016, l'eccesso di potere, il difetto di istruttoria e di motivazione;

Vista la memoria di costituzione della controinteressata A.G. di replica ai motivi di ricorso, asserendosi tra l'altro che esistevano piuttosto gli estremi per il ricorso al soccorso istruttorio di cui al comma 9 dell'art.83 del D. Lgs. n.50/2016;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n.5473 del 2018, adottata ex art.73, co.3 c.p.a., con la quale – dato atto che, dopo il passaggio in decisione, era emersa una questione di possibile nullità del disciplinare di gara che il Tribunale riteneva di porre a fondamento della sua decisione – è stato assegnato alle parti termine per il deposito di memorie sulla questione di nullità del disciplinare di gara di cui in premessa;

Vista la memoria della A.G.;

Vista la memoria di parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore - alla Camera di Consiglio del giorno 11 settembre 2018 – il Cons. Gabriele Nunziata, ed uditi i difensori come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi degli artt. 60 e 73, comma 3°, cod. proc. amm.;

Viste le circostanze di fatto e le ragioni di diritto come spiegate dalle parti negli atti processuali;

Considerato:

che il Collegio ritiene il ricorso manifestamente inammissibile, con la conseguenza che esso può essere deciso ai sensi dell'art. 60 cod. proc. ammin. con sentenza in forma semplificata sin dalla presente fase cautelare, come rappresentato ai difensori delle parti (anche ai sensi dell'art. 73, comma 3°, c.p.a.), essendo ciò consentito dall'oggetto della causa, dall'integrità del contraddittorio e dalla completezza dell'istruttoria;

che, in via preliminare, va osservato che questa Sezione (16.7.2018, n.4701) in altra fattispecie ha affermato che l'Amministrazione, una volta verificato il mancato possesso dei requisiti soggettivi in capo all'ausiliaria, consente alla società ausiliata di procedere alla sua sostituzione, al fine di evitare l'esclusione della stessa dalla gara, in conformità a quanto previsto dall'art.89, comma 3 del D. Lgs. n.50/2016 che espressamente recita “La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purchè si tratti di requisiti tecnici”;

che tale disposizione generale e imperativa non può essere, in forza dei principi di gerarchia e di specialità delle fonti normative, disapplicata dal disciplinare di gara che si inserisce nell'atto unilaterale amministrativo anche in presenza di clausole contrastanti difformi ex artt.1339 e 1419 c.c. e che – a pag.13 nell'ambito del punto 8 “Avvalimento” – afferma che “Ad eccezione dei casi in cui sussistano dichiarazioni mendaci, qualora per l'ausiliaria sussistano motivi obbligatori di esclusione o laddove essa non soddisfi i pertinenti criteri di selezione, la stazione appaltante impone, ai sensi dell'art.89, comma 3 del Codice, al concorrente di sostituire l'ausiliaria”, ciò in contrasto con lo stesso art.89 citato che non ha riguardo all'eccezione delle dichiarazioni mendaci e fa unicamente carico alla stazione appaltante di imporre all'operatore economico “di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”;

che, ai fini della rilevanza d'ufficio di detta nullità, la Sezione aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente (ex multis, Cons. giust. amm., 27.7.2012, n.721) secondo cui l'art. 31, comma 4 c.p.a. è chiarissimo nel prevedere una disciplina differenziata del rilievo della nullità, secondo che essa:

a) sia domandata dal ricorrente, in via di azione: in tal caso, è previsto un termine decadenziale triplo rispetto a quello ordinario, ex art. 29 (in ciò taluno ha ravvisato una sorta di "superannullabilità"),

b) sia opposta dal resistente, in via di eccezione (c.d. impropria, giacché concorre con il poterdovere di rilievo officioso del giudice): in tal caso, il Legislatore ha optato per l'imprescrittibilità (rectius: non assoggettamento a termini decadenziali), c) sia rilevata d'ufficio dal giudice: in tal caso, la perpetuità del potere di rilevare il vizio è il medesimo di cui si è già detto, sub b);

che il potere che la legge dà al giudice - al pari di ogni altra rilevanza ope iudicis, per esempio quella dell'incompetenza - costituisce per lui una potestà (c.d. potere-dovere), il cui esercizio è sempre obbligatorio, mai facoltativo, come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applicazione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato;

che quando il giudice rileva una nullità, come nella fattispecie espressamente comminata dalla legge che vi riconnette il potere di rilievo giudiziale officioso, è sempre tenuto a dichiararla d'ufficio, statuendo in conformità;

che la rilevanza d'ufficio del vizio di nullità può avvenire solo in favore della parte resistente (nel senso cioè del non accoglimento della domanda proposta dal ricorrente) e non già anche in favore di quest'ultimo, rispetto al quale viceversa è prescritto un preciso onere a pena di decadenza (T.A.R. Sicilia, Catania, II, 10.11.2016, n.2900);

che la nullità del disciplinare come rilevata d'ufficio - atteso che, secondo quanto risulta dagli atti di causa, il medesimo è in contrasto con l'art.89 citato che non ha riguardo all'eccezione delle dichiarazioni mendaci – giustifica la declaratoria di nullità di tutti gli atti conseguenti (cfr. Cons. Stato, III, ord.za 23.6.2017, n.2619; T.A.R. Sicilia, Sede di Palermo, I, 27.6.2012, n.1311; III, 19.12.2011, n.2406), non potendo l'Amministrazione sottrarsi alle conseguenze che derivano dall'illegittima applicazione della clausola contenuta nella lex specialis al punto 8 del disciplinare, con conseguente obbligo di rinnovare gli atti di gara prevedendo un nuovo bando privo della clausola nulla;

che, ciò stante, il ricorso – come proposto avverso l'ammissione della controinteressata - deve essere rigettato ferma la nullità del disciplinare con conseguente nullità degli atti di gara, mentre sussistono gli estremi per compensare tra le parti le spese di giudizio,

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nelle Camere di Consiglio dei giorni 11 e 18 settembre 2018

con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

L'ESTENSORE

Gabriele Nunziata

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti