

REPUBBLICA ITALIANA

SENT. N.12590/04

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

R.G. N. 11672/01

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 1^a Sezione - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 11672/01 R.G. proposto da Giovanni Battista Capece Minutolo del Sasso e Vincenzo D'Angelone in proprio e quali titolari delle omonime imprese di costruzioni, rappresentati e difesi dall'Avvocato Alberto Crisi ed elettivamente domiciliati in Napoli, al corso Umberto I n. 293, presso lo studio dell'Avvocato Alberto Crisi;

c o n t r o

Comune di Caserta, in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dagli Avvocati Raffaele Santillo e Lidia Gallo ed elettivamente domiciliato in Napoli, via Toledo n. 116, presso lo studio dell'Avvocato Camillo Lerio Miani;

nonché nei confronti di

Ferrajolo Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocato Francesco D'Angelo ed elettivamente domiciliata in Napoli, vico Tutti i Santi n. 3, presso lo studio dell'Avvocato Paolo Rinaldi;

avverso e per l'annullamento

- a) del provvedimento prot. n. 8714 del 17.9.2001 del Comune di Caserta, Settore V LL.PP., che ha disposto l'esclusione dei ricorrenti dalla gara indetta con bando prot. n. 1274 dell'8.1.2001, per l'affidamento in concessione dei lavori di "*Recupero urbano relativo alla zona A1 - Rione Vanvitelli*";
- b) di ogni atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, comunque lesivo degli interessi dei ricorrenti;

nonché per l'accertamento e la declaratoria

- c) del diritto dei ricorrenti al risarcimento del danno ingiustamente subito per effetto dell'atto impugnato;
- d) del diritto dei medesimi alla condanna dell'Amministrazione resistente al pagamento delle somme dovute e titolo di risarcimento del danno, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali.

Visti tutti gli atti di causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Caserta e della società Ferrajolo Costruzioni s.r.l.;

Relatore il Dott. Paolo Corciulo;

Uditi all'udienza del 7.7.2004 gli Avvocati di cui al relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La società Ferrajolo Costruzioni s.r.l., in qualità di soggetto promotore, presentava al Comune di Caserta un projet financing, ai sensi degli artt. 37 bis e ss. della legge 11.2.1994 n. 109 per l'affidamento in concessione di lavori di recupero urbano per la zona A1 - Rione Vanvitelli.

Una volta approvato il progetto, con bando prot. n. 1274 dell'8.1.2001, si procedeva all'indizione di una gara per licitazione privata, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare ai sensi dell'art. 37 quater della legge 11.2.1994 n. 109 le due migliori offerte da ammettere alla procedura negoziata con il soggetto promotore, fissando l'importo dei lavori in lire 6.200.000.000, con categorie di lavorazioni prevalenti OG 1 per 3 miliardi e OS 24 per due miliardi.

All'invito rispondevano solo le imprese Capece Minutolo del Sasso e Vincenzo D'Angelone, chiedendo di essere invitate a partecipare alla gara in qualità di

costituenda associazione temporanea di cui capogruppo sarebbe stata la ditta Capece Minutolo.

Ricevuta la lettera d'invito n. 15832 del 5.4.2001, in data 16.5.2001, le due imprese inviavano al Comune di Caserta la necessaria documentazione al fine di dimostrare il possesso dei necessari requisiti di partecipazione: tuttavia, con nota n. 7165 del 12.7.2001 l'Amministrazione richiedeva l'inoltro di ulteriori documenti, non essendo stati ritenuti esaustivi quelli in precedenza inviati: in particolare, oltre a domandarsi quale fosse il tipo di associazione - se di tipo orizzontale oppure verticale - che le due imprese intendevano costituire, si richiedevano i certificati di esecuzione dei lavori eseguiti dalla Capece Minutolo del Sasso in conformità all'allegato D del D.P.R. 34/2000, nonché quelli relativi ai lavori svolti dall'impresa D'Angelone e rilasciati dal tecnico di fiducia del Consolato Generale Italiano a Caracas - trattandosi di attività svolte in Venezuela - attestanti l'ammontare ed il buono esito conclusivo delle opere, i tempi di relativa realizzazione, accompagnati da copia conforme dei contratti e dei documenti comprovanti i lavori eseguiti.

Le due imprese, rispondevano con nota del 18.7.2001 evidenziando, in primo luogo, che l'associazione temporanea sarebbe stata di tipo verticale, con assegnazione alla ditta D'Angelone di soli lavori di piantumazione pari all'1% dell'importo posto a base di appalto; quanto ai certificati di esecuzione dei lavori, con riferimento a quelli della ditta Capece Minutolo del Sasso, si rappresentava che dei due già depositati, uno era conforme alla normativa di cui al D.P.R. n. 34/2000, mentre l'altro era di epoca anteriore a tale normativa, ma comunque si doveva ritenere in ogni caso idoneo per effetto di quanto previsto dall'art. 22, settimo comma del D.P.R. citato, anche se era stata comunque presentata all'amministrazione competente una richiesta di conversione in conformità al modello D; con riferimento alle certificazioni relative all'impresa

D'Angelone, oltre ad evidenziarsi che si trattava anche in tal caso di documentazione anteriore all'entrata in vigore del D.P.R. n. 34/2000, se ne ribadiva, quanto al contenuto, la piena idoneità a dimostrare il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara.

Ricevuti i chiarimenti richiesti, l'Amministrazione, con nota n. 8714 del 17.9.2001 disponeva l'esclusione di entrambe le imprese dalla gara, rilevando che, trattandosi di associazione di tipo verticale, avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 95, terzo comma del D.P.R. n. 554/99, per cui, non avendo né l'impresa mandante D'Angelone, né la mandataria Capece Minutolo del Sasso i necessari requisiti per eseguire i lavori di cui alla categoria OS 24, questi avrebbero dovuto essere posseduti da quest'ultima, trattandosi di opere scorporabili, con riferimento alla categoria prevalente, ossia quella OG 1: tuttavia, non potendo eseguire in proprio le opere relative alla categoria OS 24, dette lavorazioni avrebbero dovuto essere obbligatoriamente subappaltate, per cui la mancata indicazione nella domanda di partecipazione dei lavori che s'intendeva subappaltare, ai sensi dell'art. 18, terzo comma della Legge 19.3.1990 n. 55 ed art. 34 della Legge 11.2.1994 n. 109, determinava come conseguenza l'estromissione dalla gara.

Successivamente, con verbale di aggiudicazione del 19.9.2001, la Ferrajolo Costruzioni restava aggiudicataria della concessione per un importo netto pari a 5.306.012.000.

Avverso il provvedimento di esclusione proponevano ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale le imprese Capece Minutolo del Sasso e Vincenzo D'Angelone, chiedendone l'annullamento, oltre al risarcimento per i danni subiti.

Lamentavano in primo luogo le ricorrenti che le certificazioni prodotte dall'impresa mandante D'Angelone erano pienamente idonee a dimostrare il possesso dei necessari requisiti di realizzazione di opere di cui alla categoria OS 24 e comunque ci si doveva, con il secondo profilo di censura, che l'Amministrazione resistente avrebbe dovuto approfondire l'istruttoria presso le amministrazioni competenti, nella specie il Consolato

Generale Italiano a Caracas, onde accertare effettivamente la congruità e l'idoneità della documentazione esibita in sede di gara.

Con la terza censura le ricorrenti evidenziavano l'erroneità dell'ultima parte del provvedimento impugnato, nella parte in cui richiamava la violazione del divieto di subappalto, atteso che, nel caso di specie, si trattava di una procedura di *project financing* che non è volta alla conclusione di contratti di appalto di lavori, ma al rilascio di concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche, ed alla quale è comunque estraneo l'istituto del subappalto: se ne deduceva, pertanto, che, non essendo applicabile l'istituto del subappalto, non sussisteva, ai fini dell'ammissione alla gara, alcun onere di indicare eventualmente le ditte esecutrici dei lavori diverse da quelle aggiudicatrici, dovendosi tenere comunque conto che la violazione delle norme sul subappalto è destinata ad incidere unicamente sulle vicende successive alla stipulazione del contratto e non anche nella fase anteriore di scelta del contraente.

Si costituivano in giudizio sia il Comune di Caserta che la controinteressata Ferrajolo Costruzioni s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso, quest'ultima sollevando anche un'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse.

All'udienza del 7.7.2004, in vista della quale le ricorrenti depositavano una memoria conclusionale, il Collegio tratteneva la causa per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le imprese Capece Minutolo del Sasso e Vincenzo D'Angelone hanno impugnato la nota n. 8714 del 17.9.2001 con cui il Comune di Caserta le ha escluse dalla gara per licitazione privata indetta per l'individuazione delle due migliori offerte da porre in procedura negoziata con il promotore di un progetto relativo alla realizzazione di lavori volti al recupero urbano dell'Area A1 – Rione Vanvitelli di Caserta.

Ritiene il Collegio di prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata, essendo il ricorso infondato nel merito.

Con il primo motivo di censura parte ricorrente ha contestato l'assunto dell'Amministrazione nella parte in cui ha ritenuto che l'impresa Vincenzo D'Angelone non fosse in possesso dei requisiti necessari per effettuare i lavori di cui alla categoria OS 24, in quanto mai eseguiti, atteso che dalle certificazioni esibite ed afferenti lavori svolti in Venezuela, risulterebbe l'avvenuta e regolare esecuzione di attività di cui alla predetta categoria di lavorazioni e per un importo di gran lunga superiore a quello richiesto per la gara *de qua*.

La censura è priva di fondamento.

L'allegato n. 1 del D.P.R. 25.1.2000 n. 34 definisce la categoria OS 24 (Verde e arredo urbano) come quella che *"riguarda la costruzione, il montaggio e la manutenzione di elementi non costituenti impianti tecnologici che sono necessari a consentire un miglior uso della città, nonché la realizzazione e la manutenzione del verde urbano. Comprende in via esemplificativa campi sportivi, terreni di gioco, sistemazioni paesaggistiche, verde attrezzato, recinzioni"*.

Osserva il Collegio che le certificazioni esibite dall'impresa D'Angelone Vincenzo relativamente ai lavori eseguiti in Venezuela fanno riferimento ad opere che sono del tutto distinte rispetto a quelle appartenenti alla categoria OS 24: infatti, a parte l'innegabile diversità tipologica sussistente rispetto alla quasi totalità delle stesse, anche con riferimento a quella parte delle lavorazioni indicate come *"costruzione di appartamenti"* ed in cui viene fatta rientrare la realizzazione di aree sociali, piscine e campi da tennis, oltre ad opere di sistemazione esterna, non si configurano argomenti idonei a far ritenere condivisibile la tesi di parte ricorrente circa la loro sussunzione nella categoria OS 24: infatti, va osservato che l'individuazione delle categorie di cui al D.P.R.

25.1.2000 n. 34 avviene non soltanto in base ad una mera classificazione tipologica delle lavorazioni, ma anche sul presupposto della riconosciuta rilevanza di specifici vincoli funzionali sussistenti tra queste: invero, nell'ambito di una medesima categoria potranno essere comprese attività e lavorazioni che, sebbene ontologicamente distinte, risultano collegate tra loro sotto il profilo funzionale, in quanto accessorie o comunque serventi rispetto ad una specifica opera: ad esempio, nella categoria OG 1 che riguarda la costruzione, manutenzione o ristrutturazione di interventi di edilizia occorrenti per svolgere una qualsiasi attività umana, vengono fatti rientrare espressamente anche eventuali opere connesse, complementari e accessorie.

Sovente, inoltre, alla mancanza del predetto vincolo funzionale si accompagna la possibilità di qualificare tali lavorazioni nell'ambito di una diversa ed autonoma categoria: si pensi proprio a quanto si verifica nell'ipotesi della categoria OS 24 che fa riferimento ad impianti non tecnologici volti a migliorare l'uso della città e quindi alla realizzazione di strutture non di natura accessoria e servente rispetto a specifiche costruzioni, ma ad appannaggio dell'intera collettività urbana.

Nel caso di specie, sebbene la realizzazione di aree sociali, piscine e campi da tennis, implicasse un'indubbia corrispondenza tipologica con le lavorazioni di cui alla categoria OS 24, tali lavorazioni non assumevano alcuna autonomia funzionale, nel senso di poterle ritenere come specificamente destinate al miglioramento della città, essendo la loro funzione piuttosto servente rispetto allo specifico complesso di costruzioni di cui costituivano strutture accessorie.

Ne consegue che le certificazioni esibite dall'impresa D'Angelone sono state legittimamente ritenute inidonee a comprovare il possesso dei requisiti di cui alla categoria OS 24 prevista dal bando.

Con il secondo motivo di censura, le ricorrenti hanno contestato il comportamento del Comune di Caserta che ha disposto la loro esclusione, senza avere proceduto ad alcun approfondimento istruttorio presso il Consolato Generale Italiano di Caracas in merito alla certificazione esibita dalla impresa D'Angelone, attività che le avrebbe consentito senz'altro di evitare l'impugnato provvedimento di estromissione.

La doglianza è infondata, atteso che l'Amministrazione comunale ha improntato la sua azione a principi di massima collaborazione e lealtà, avendo, infatti, richiesto alle ricorrenti chiarimenti ed integrazioni in ordine alla documentazione esibita; inoltre, l'attività valutativa che ha condotto all'adozione del provvedimento impugnato non necessitava in alcun modo dell'acquisizione di ulteriori elementi di conoscenza in merito al contenuto della certificazione esibita dall'impresa D'Angelone.

Con l'ultimo profilo di doglianza le ricorrenti hanno contestato il ragionamento operato dall'Amministrazione resistente che, muovendo dal presupposto per cui nessuna di esse era in possesso dei necessari requisiti per l'esecuzione delle opere di cui alla categoria OS 24, e ritenendo che queste avrebbero quindi dovuto obbligatoriamente essere subappaltate, aveva rilevato che, contrariamente a quanto previsto dall'art. 18, terzo comma della L. 19.3.1990 n. 55 ed dall'art. 34 della L. 11.2.1994 n. 109, nella domanda di partecipazione mancava ogni indicazione in merito al subappalto, per cui si era imposta l'adozione del gravato provvedimento di esclusione.

I profili di contestazione concernevano in primo luogo la circostanza per cui, trattandosi di un *project financing* e quindi di una concessione (e non già di un appalto) di opera pubblica, in caso di mancata esecuzione diretta delle opere da parte del concessionario, l'affidamento a terzi sarebbe potuto avvenire solo tramite appalto e non anche mediante subappalto, come, del resto confermato proprio dall'art. 37 quater, sesto comma della L. 11.2.1994 n. 109 che imponeva al concessionario - che agisce come

longa manus della p.a.- di appaltare (e non già di subappaltare) una quota dei lavori non inferiore al 30% delle opere.

Pertanto, alcuna rilevanza avrebbe potuto essere attribuita all'omessa indicazione dei lavori da subappaltare nella domanda di partecipazione alla gara, circostanza, invece, ritenuta decisiva ai fini della comminatoria di esclusione.

Infine, i ricorrenti evidenziavano come, in ogni caso, la violazione della dichiarazione in materia di subappalto avrebbe semmai potuto incidere solo sulla fase di esecuzione delle opere, nel senso che della relativa realizzazione sarebbe rimasta onerata la concessionaria, senza che potesse assumere decisiva rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara, com'era invece avvenuto nel caso che occupa; inoltre, si evidenziava che in ogni caso, l'obbligo di appaltare i lavori in misura non inferiore al 30% delle opere, ai sensi dall'art. 37 quater, sesto comma della L. 11.2.1994 n. 109 incombe solo sull'aggiudicatario e non anche sui soggetti quali meri partecipanti alla gara.

La censura è infondata.

Occorre preliminarmente osservare che in tutti i procedimenti di scelta del contraente per la realizzazione di opere pubbliche, l'Amministrazione deve verificare, oltre alla convenienza economica delle offerte ed alle capacità finanziarie delle imprese partecipanti, la loro idoneità ad eseguire in prima persona i lavori; tale considerazione discende dall'art. 19 della L. 11.2.1994 n. 109 che, nel definire il contratto di appalto e la concessione di lavori pubblici ed i relativi elementi costitutivi, impone che l'esecuzione avvenga a cura dell'imprenditore-appaltatore o concessionario: ne consegue che compito specifico dell'Amministrazione in sede di scelta del contraente risulterà anche quello di accertare il possesso dei necessari requisiti affinché il contratto possa essere effettivamente eseguito dal soggetto che si propone come miglior offerente; in altri termini, il procedimento di evidenza pubblica non assolve unicamente ad una funzione di

selezione tra imprese attraverso un meccanismo concorrenziale volto alla formazione dell'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione, sussistendo anche un compito di verifica - operante anche questo attraverso logiche di tipo concorrenziale - circa l'idoneità soggettiva, sotto il profilo della capacità economica e tecnica, di ciascun concorrente a poter dare concreta esecuzione alla prestazione dedotta in contratto.

Tale principio non è contraddetto dall'art. 95, terzo comma del D.P.R. 21.12.1999 n. 554 nella parte in cui prevede che i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle imprese mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente, né dall'allegato 1 del D.P.R. 25.1.2000 n. 34 che stabilisce che, nel caso di categorie a qualificazione obbligatoria, tra cui figura quella OS 24, qualora tali lavorazioni siano indicate nei bandi di gara come parti dell'intervento da realizzare, non possono essere eseguite dalle imprese aggiudicatrici se queste risulteranno prive delle relative adeguate qualificazioni: infatti, la prima di tali norme non fa riferimento alla fattispecie di mancanza di requisiti in capo alla mandante - che venendo sostituita in tal senso dalla mandataria potrebbe comunque rendersi aggiudicataria, pur non possedendo i necessari requisiti per l'esecuzione dei lavori che ha dichiarato di voler eseguire - ma alla diversa ipotesi di lavorazioni scorporabili che nessun soggetto mandante dell'A.T.I. si è assunto il compito di eseguire, di talchè in luogo dell'esclusione dell'intero raggruppamento per carenza dei requisiti, il legislatore ha operato una presunzione di loro assunzione in capo alla mandataria; la seconda norma, invece, prevedendo un espresso divieto di esecuzione in capo all'aggiudicataria, impone ancor più all'Amministrazione il compito di dover verificare chi sarà in caso di mancanza di qualificazione a dover eseguire i lavori ed a quale titolo.

Tanto premesso, se ne deduce che legittimamente il Comune resistente ha assunto il compito di accertare la concreta idoneità delle due imprese costituenti l'A.T.I. ad

eseguire le opere di cui alla concessione, non essendo nessuna di esse in possesso dei necessari requisiti di cui alla categoria prevalente ed obbligatoria OS 24; l'indagine si era quindi estesa ad accertare la possibilità di coprire l'importo dell'appalto attraverso la possibilità dell'affidamento in subappalto, in una visione di evidente *favor* per le ricorrenti, in quanto sarebbe stato sufficiente, ai fini dell'esclusione, l'avvenuto accertamento della mancanza in capo ad entrambe dei requisiti di cui alla categoria OS 24; in tal senso, il riferimento al subappalto non deve essere inteso come la ragione finale ed unica dell'esclusione, ma solo come una delle cause, prima delle quali era la mancanza dei requisiti in capo alle imprese ricorrenti.

In ogni caso, le censure rivolte avverso il riferimento operato dall'Amministrazione al subappalto appaiono destituite di fondamento: in primo luogo tale istituto non è affatto ontologicamente incompatibile né con la concessione di lavori pubblici, né con il *project financing*, ponendosi su un piano diverso rispetto all'obbligo di appaltare almeno il 30% dei lavori, obbligo che assume una connotazione distinta dall'ipotesi del subappalto il quale riguarda lavori in cui il concessionario assume la veste di appaltatore; inoltre, il richiamo al principio secondo cui la violazione delle norme sul subappalto non comporta l'esclusione dalla gara ma solo l'obbligo di esecuzione dei lavori in capo all'appaltatore non è pertinente al caso di specie, in quanto, mentre nell'ipotesi generale è dato per scontato l'accertamento dell'idoneità dell'aggiudicataria ad eseguire le opere, nel caso di specie, la verifica circa l'eventuale subappalto sarebbe servita proprio a porre riparo alla idoneità dell'impresa partecipante ad eseguire le opere.

Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto con rigetto della domanda risarcitoria proposta, essendo il provvedimento impugnato immune dai vizi denunciati in questa sede.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Prima Sezione

- respinge il ricorso e la domanda risarcitoria;

- condanna le ricorrenti in solido al pagamento delle spese processuali che si liquidano in €2000,0 (Duemila/00) in favore del Comune di Caserta ed in €1000,00 (Mille/00) in favore della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 22.7.2004 dai Magistrati

Giancarlo Coraggio

Presidente

Luigi Domenico Nappi

Consigliere

Paolo Corciulo

Primo Referendario, estensore

Il Presidente

L’Estensore