



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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7156 del 2013, proposto dal Gruppo SA.PA. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Oreste Morcavallo, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Arno, n. 6;

***contro***

Mastrosimone Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'a.t.i. con la ditta Ingegner Ferdinando Zito s.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita, n. 90;

***nei confronti di***

Comune di Acri e A.C.M. - Associati Costruttori Meridionali s.r.l., non costituiti;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per la Calabria – Catanzaro - Sezione I, n. 868 del 27 agosto 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mastrosimone Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive e di replica depositate dalla società appellante (in data 11 e 20 marzo 2014) e dalla società appellata (in data 14 e 21 marzo 2014);

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 aprile 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia su delega dell'avvocato Morcavallo e Spataro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dall'aggiudicazione della gara di appalto relativa ai lavori di completamento del palazzetto dello sport - 3° ed ultimo lotto – indetta dal comune di Aciri; alla gara hanno partecipato molteplici imprese; è risultata aggiudicataria la società Gruppo SA.PA. s.r.l. (in prosieguo ditta Sapa) in ausiliaria con la Associati Costruttori Meridionali s.r.l. (in prosieguo ditta Acm); al secondo posto si è classificata l'a.t.i. costituita dalla Mastrosimone Costruzioni s.r.l. e dalla Ingegner Ferdinando Zito s.r.l. (in prosieguo ditta Mastrosimone).

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Calabria – Catanzaro - Sezione I, n. 868 del 27 agosto 2013:

a) ha stabilito di esaminare –in sintonia con quanto affermato dalla Corte di giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 – sia il ricorso principale che quello incidentale (pagine 7 – 8);

b) ha respinto i primi due motivi del ricorso principale proposto dalla ditta Mastrosimone (pagine 8 – 12, tale capi non sono stati impugnati e sono coperti dalla forza del giudicato interno);

c) ha accolto il terzo motivo del ricorso principale riconoscendo la carenza, in capo all'aggiudicataria, della qualificazione nella categoria OG11, classifica III, per

l'importo di euro 581.511,80, non potendosi ammettere, ai sensi dell'art. 61 regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici, l'aumento del quinto in favore dell'impresa ausiliaria (in possesso del requisito di categoria OG 11, classifica II), ostandovi il divieto di frazionamento dei requisiti di qualificazione tra l'impresa ausiliaria e quella ausiliata (pagine 12 – 14);

d) non ha esaminato l'ulteriore censura posta a base del ricorso principale incentrata sulla assoluta genericità dell'avvalimento (pagina 14);

e) ha respinto i due motivi escludenti posti a sostegno del ricorso incidentale articolato dalla ditta Sapa (pagine 14 – 17);

f) ha annullato l'aggiudicazione e condannato l'amministrazione a stipulare il contratto di appalto con la ditta Mastrosimone;

g) ha compensato fra le parti le spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato (in data 20 settembre 2013) e depositato (in data 3 ottobre 2013), la ditta Sapa ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza contestando tutti i capi sfavorevoli.

4. Si è costituita la ditta Mastrosimone (in data 14 novembre 2013), da un lato, eccependo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, dall'altro, riproponendo il motivo dichiarato assorbito dal T.a.r. (pagina 12 dell'atto di costituzione).

5. Con ordinanza cautelare di questa Sezione – n. 4596 del 20 novembre 2013 – è stata accolta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

6. All'udienza pubblica del 1 aprile 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello è fondato e deve essere accolto.

7.1. Con il primo motivo (pagine 5 – 6 dell'atto di appello), si contesta la decisione di primo grado nella parte in cui ha deciso di esaminare il ricorso principale prioritariamente rispetto a quello incidentale.

7.1.1. Il mezzo è fondato.

7.1.2. Sul punto concernente l'ordine di esame del ricorso principale e incidentale la Sezione si limita a richiamare quanto statuito di recente dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, cui si rinvia a mente degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d), e 120 co. 10, c.p.a.), secondo cui nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale escludente (come nel caso di specie), che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, si fa eccezione a tale regola generale:

- a) se il ricorso principale è manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile (in tal caso potendo essere esaminato per primo, circostanza questa che ricorre nel caso di specie come meglio si vedrà in prosieguo);
- b) quando il ricorso incidentale non ha natura escludente perché censura valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie);
- c) quando sia il ricorso principale che quello incidentale, proposti dalle due uniche imprese rimaste in gara, facciano valere la medesima causa escludente (in tal caso dovendosi esaminare entrambi i ricorsi, circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

7.2. Con il secondo motivo (pagine 6 – 9 dell'atto di appello), si contesta la sussistenza del divieto di frazionamento e, conseguentemente, si insiste per il riconoscimento del diritto al cumulo dei requisiti all'interno della medesima categoria con il corollario dell'aumento del quinto.

7.2.1 Il mezzo è fondato.

7.2.2. Dopo la sentenza della Corte di giustizia UE, 10 ottobre 2013, n. C-94/12, e le prime applicazioni da parte di questo Consiglio (cfr. sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874, cui si rinvia a mente degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d), e 120 co. 10, c.p.a.), deve ritenersi definitivamente superata la tesi che vieta l'uso dell'avvalimento per conseguire il cosiddetto "cumulo parziale dei requisiti"; la Corte di Giustizia, infatti, ha considerato del tutto legittimo che le capacità di terzi soggetti ausiliari (uno o più d'uno), si aggiungano alle capacità del concorrente, al fine di soddisfare – attraverso il cumulo di referenze singolarmente insufficienti – il livello minimo di qualificazione prescritto dalla stazione appaltante nella legge di gara.

7.3. Con il terzo motivo (pagine 11 – 19 dell'atto di appello), si contrasta la reiezione dei motivi posti a sostegno del ricorso incidentale sviluppato in primo grado.

7.3.1. Il Collegio può prescindere dall'esame di tale mezzo di gravame perché l'ultima censura articolata dalla ditta Mastrosimone in prime cure (ma espressamente non esaminata dal T.a.r.:

a) è stata riproposta tardivamente in questo grado (in data 14 novembre 2013), in violazione del termine perentorio dimidiato di 30 giorni – risultante dal combinato disposto delle norme sancite dagli artt. 38, 46, co. 1, 101, co.2, e 119, co.2, c.pa. – che decorre dalla data del perfezionamento, per l'intimato, della notificazione dell'atto di appello avvenuta in data 23 settembre 2013, come risulta dalla cartolina di ricevimento in atti (cfr. Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5);

b) è manifestamente infondata, dal che discende la totale reiezione dell'originario ricorso principale di primo grado e la non necessità di esaminare (giusta i su riportati principi elaborati dall'Adunanza plenaria n. 9 del 2014), il ricorso incidentale proposto, sempre in primo grado, dalla ditta contro interessata.

7.3.2. Nella specie risulta *per tabulas* che il contratto di avvalimento (ed il relativo allegato 1 che ne costituisce parte integrante), stipulato dalla ditta Sapa con la ditta

Acm, è sufficientemente dettagliato elencando tutti gli elementi aziendali qualificanti - soggettivi (maestranze) e oggettivi (macchinari e attrezzature) inclusa la messa a disposizione per tutta la durata dell'appalto del requisito OG11 classifica II) - che consentono di formulare un giudizio di serietà e non genericità dell'avvalimento (come richiesto dal micro ordinamento di settore – artt. 49 codice dei contratti pubblici e 88 regolamento di esecuzione – nonché dalla giurisprudenza di questo Consiglio, cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2014, n. 412).

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere l'appello e in riforma parziale dell'impugnata sentenza, che si conferma nel resto, rigettare integralmente l'originario ricorso principale proposto dalla ditta Mastrosimone; a tanto consegue la declaratoria di improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale articolato dalla ditta Sapa.

9. Nella particolare complessità delle questioni trattate e nelle relative oscillazioni giurisprudenziali, il collegio ravvisa, a mente del combinato disposto degli artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c., eccezionali ragioni per compensare integralmente fra le parti costituite le spese di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'appello e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, respinge *in toto* il ricorso principale di primo grado e dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

b) dichiara integralmente compensate le spese di ambedue i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1° aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/04/2014

IL SEGRETARIO

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