



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 2503 del 2017, proposto da:

Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. Soc. Coop. e Consorzio Integra soc. coop., in proprio e quale mandatario (rispettivamente cedente e cessionario del ramo di azienda) del costituendo R.T.I. con Rillo Costruzioni s.r.l., Calgeco s.r.l., La.Bit. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina, 26;

contro

Arcadis-Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ritonnaro Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. costituendo con Gemis s.r.l., SO.T.ECO s.p.a., Pragma Costruzioni Generali s.r.l., rappresentata e

difesa dall'avvocato Lodovico Visone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Gesù, 62;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00312/2017, resa tra le parti, concernente gli atti della procedura di gara indetta da Arcadis per l'affidamento della progettazione e l'esecuzione dei lavori relativi all'intervento denominato "Grande Progetto - Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne - Lotto funzionale Provincia di Avellino", ed in specie: a) la determinazione n. 342 del 5.8.2016 di aggiudicazione definitiva dell'appalto al RTI Ritonnaro s.r.l.; b) la nota prot. 9026 del 5.8.2016 di comunicazione a CCC – Soc. Coop. dell'aggiudicazione definitiva della gara; c) i verbali di gara ed in particolare le determinazioni della Commissione di ammettere il RTI Ritonnaro s.r.l., di valutare e punteggiare l'offerta di quest'ultimo; d) ogni atto ulteriore presupposto, connesso e consequenziale tra cui l'aggiudicazione provvisoria, la graduatoria di gara nella parte in cui è stato collocato al primo posto il RTI Ritonnaro s.r.l., l'esito del sub procedimento di verifica dei requisiti tecnici dichiarati in gara dal RTI aggiudicatario. Con il ricorso di primo grado è stata altresì formulata domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto se nelle more stipulato e di subentro nell'aggiudicazione e nel contratto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arcadis-Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo e del R.T.I. Ritonnaro Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani, l'avvocato dello Stato De Nunctis, l'avvocato Fortunato su delega dell'avv. Lodovico Visone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.I. Consorzio Cooperative Costruzioni-C.C.C. società cooperativa ha interposto appello nei confronti della sentenza 23 febbraio 2017, n. 312 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. staccata di Salerno, sez. I, con la quale è stato accolto il ricorso incidentale proposto dal R.T.I. Ritonnaro Costruzioni s.r.l. e dichiarati inammissibili il ricorso principale ed i motivi aggiunti avverso la determinazione di Arcadis-Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo n. 342 in data 5 agosto 2016 disponente l'aggiudicazione definitiva al R.T.I. Ritonnaro della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato finalizzato alla realizzazione dell'intervento denominato "Grande Progetto-Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne", lotto funzionale della Provincia di Avellino, dichiarata efficace con determinazione n. 429 dell'11 ottobre 2016.

All'esito del procedimento è risultato primo graduato il R.T.I. Ritonnaro e secondo il Consorzio Cooperative Costruzioni-CCC-società cooperativa; il 4 aprile 2016 il C.C.C. ha comunicato ad Arcadis il conferimento al Consorzio Integra del ramo di azienda inerente la partecipazione alla gara ai fini del subentro ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Con il ricorso in primo grado il C.C.C. soc. coop. ed il Consorzio Integra soc. coop. hanno impugnato gli atti della procedura di gara e l'aggiudicazione definitiva del 5 agosto 2016 in favore del R.T.I. Ritonnaro, deducendo la mancanza, in capo al raggruppamento aggiudicatario e dei suoi componenti, dei requisiti richiesti per lo svolgimento dell'attività di progettazione, per violazione della *lex specialis*, carenza di istruttoria, travisamento dei fatti. Con motivi aggiunti il C.C.C. ha dedotto ulteriori profili di illegittimità dell'aggiudicazione in ragione della mancanza dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara del raggruppamento aggiudicatario.

Quest'ultimo ha, a sua volta, proposto ricorso incidentale escludente avverso l'ammissione alla gara del R.T.I. C.C.C.

2.- La sentenza appellata ha esaminato prioritariamente il ricorso incidentale escludente proposto dal R.T.I. Ritonnaro, accogliendolo, nella considerazione che il raggruppamento C.C.C. ha partecipato alla gara con la società LA.BIT

con una quota di partecipazione pari al 13 per cento, avente una posizione irregolare, al contempo di cooptata e di impresa mandante, senza peraltro possedere i requisiti di qualificazione e di partecipazione, così come, analogamente, il R.T.I. è privo di tali requisiti in misura integrale. Come conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale escludente, ha poi dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso principale del raggruppamento C.C.C.

In particolare, ha rilevato la sentenza come LA.BIT, secondo quanto evincibile dalla domanda, ha partecipato alla gara quale società cooptata ai sensi dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, istituto che consente ad un'impresa, priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione, di essere indicata come esecutrice di lavori nei limiti del 20 per cento dell'appalto, senza tuttavia acquisire lo *status* di concorrente. Al contempo però la LA.BIT ha sottoscritto la domanda di partecipazione alla gara insieme alle altre imprese del raggruppamento, ha sottoscritto ed è intestataria della cauzione provvisoria, ha acquistato la quota di partecipazione del 13 per cento; acquisendo il ruolo di concorrente, l'impresa avrebbe dovuto dimostrare di possedere i requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, anche in ragione del fatto che il R.T.I. C.C.C. non ha dichiarato né dimostrato i requisiti di qualificazione per il 100 per cento dei lavori, ma solo nella misura dell'87 per cento degli stessi.

3. - L'appello del R.T.I. C.C.C. deduce l'erroneità della sentenza anzitutto per avere accolto il primo motivo del ricorso incidentale avverso la propria ammissione alla gara, riproponendo poi i motivi del ricorso introduttivo di primo grado ed i motivi aggiunti non esaminati dal giudice di prime cure.

4. - Si sono costituiti in resistenza l'Arcadis-Agenzia Regionale per la Difesa del Suolo ed il R.T.I. Ritonnaro chiedendo la reiezione dell'appello; il raggruppamento controinteressato ha riproposto altresì i motivi del ricorso incidentale non esaminati in primo grado.

5.- All'udienza pubblica del 9 novembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Con il primo e centrale motivo di appello si deduce l'erroneità della sentenza impugnata per avere accolto il ricorso incidentale del R.T.I. Ritonnaro avverso l'ammissione al procedimento di gara del R.T.I. C.C.C., nell'assunto che, partecipando la LA.BIT quale società cooptata, come emerge dalla domanda di partecipazione, preclusa debba ritenersi la sua contestuale veste di concorrente associata, risultante dagli atti di gara; situazione rispetto alla quale peraltro LA.BIT non possiede i requisiti di qualificazione e partecipazione dichiarati per la percentuale di esecuzione del 13 per cento, come pure lo stesso raggruppamento non ha dichiarato e dimostrato i requisiti di qualificazione per il 100 per cento, ma solamente nella misura dell'87 per cento, in violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e di esecuzione.

Ad avviso dell'appellante, ai fini della cooptazione rileva che i concorrenti costituenti il raggruppamento cooptante possiedano nel complesso i requisiti di qualificazione per svolgere i lavori oggetto dell'appalto, nel mentre alla cooptata si richiede il possesso dell'attestazione SOA anche per categorie e classi diverse purchè l'ammontare complessivo delle qualificazioni sia almeno pari all'importo dei lavori ad essa affidati; tali requisiti sussisterebbero nella fattispecie in esame, emergendo chiaramente dalla domanda di partecipazione la volontà di attribuire a LA.BIT il ruolo di cooptata, ed al contempo avendo le imprese raggruppate cooptanti (C.C.C., Rillo Costruzioni s.r.l. e Calgeco s.r.l.) fornito la prova del possesso del 100 per cento dei requisiti occorrenti per la partecipazione alla gara.

Il motivo è infondato.

Il punto centrale della decisione impugnata è incentrato nelle seguenti affermazioni : *«In sintesi, delle due, l'una : a) o LA.BIT è una cooptata, ed allora l'ATI avrebbe dovuto dichiarare ed assumere il 100% delle lavorazioni; b) o è una mandante ed allora avrebbe dovuto possedere, dichiarare e dimostrare il possesso dei requisiti correlati alla quota di lavori assunti. Orbene, nel caso di specie, la società LA.BIT non possiede i requisiti di qualificazione e partecipazione dichiarati (cfr. SOA : OG 6 Class. I – assenza di qualificazione per la categoria in appalto OG22). Né l'ATI C.C.C. ha*

dichiarato di assumere il 100% dei lavori. A fronte di una partecipazione in R.T.I. la circostanza che la mandataria sarebbe in grado di dimostrare il possesso della totalità dei requisiti non consente di privare di effetti il fatto che la mandante non sia in possesso dei requisiti di partecipazione in misura adeguata».

Tali statuizioni meritano conferma, a nulla rilevando la circostanza dell'intervenuta abrogazione dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006, che stabiliva il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione delle prestazioni.

Ed infatti, seppure non vige più il principio di necessaria corrispondenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* (Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2014, n. 27), permane la necessità che ciascuna impresa sia qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire (Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3666), specie negli appalti di lavori, ove tale disciplina è prevista anche dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.

Né sussistono gli estremi per qualificare la LA.BIT come mera cooptata, atteso che la cooptazione, riveniente il proprio regime giuridico nel già citato art. 92, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010, assume un rilievo essenzialmente nella sola fase esecutiva della gara, coerentemente con la finalità dell'istituto che si colloca al di fuori del vincolo associativo di partecipazione.

Al contrario, dalla documentazione in atti emerge che la LA.BIT, seppure dichiaratasi cooptata, ha sottoscritto l'offerta quale raggruppata, ha versato il contributo sugli appalti quale mandante, risulta contraente della polizza fideiussoria quale mandante, e dunque ha assunto un ruolo importante nel raggruppamento, in carenza dei correlati requisiti.

Ciò evidenzia non solo una significativa ambiguità e contraddittorietà di posizione della LA.BIT all'interno del raggruppamento, ma anche che il R.T.I. è stato costituito in violazione dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010; conseguentemente l'offerta da tale raggruppamento presentata deve ritenersi nulla per indeterminatezza soggettiva del concorrente che assume le obbligazioni nei confronti della stazione appaltante.

2. - La reiezione di tale motivo di appello, comportando la conferma della sentenza di prime cure, che ha accolto il ricorso incidentale escludente del R.T.I. Ritonnaro Costruzioni s.r.l., potrebbe esimere il Collegio dalla disamina degli ulteriori motivi dell'appello principale, ai quali l'appellante R.T.I. C.C.C. non ha interesse essendo stato legittimamente escluso dal procedimento di gara.

E' noto peraltro che il rapporto tra il ricorso principale e quello incidentale è ancora molto controverso, come dimostra, da ultimo, la nuova rimessione da parte di Cons. Stato, Ad. plen., ord. 11 maggio 2018, n. 6, alla Corte di Giustizia U.E. Allo stato, la posizione della giurisprudenza eurounitaria è nel senso che anche nel caso di gara con più di due concorrenti l'art. 1, par. 1, comma 3, e l'art. 3 della direttiva 99/665 devono essere interpretati nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile (*melius*, inammissibile) in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente (così Corte giust. U.E., grande sezione, 5 aprile 2016, in causa C-689/13, *Puligienica*).

Pertanto, per completezza di trattazione, si procede alla disamina degli ulteriori motivi di appello, reiterativi di quelli di primo grado, non esaminati in quella fase.

3. - Il secondo motivo di appello lamenta che il R.T.I. Ritonnaro si è avvalso, ai fini della progettazione, di un raggruppamento composto da soggetti, alcuni dei quali privi dei requisiti prescritti dal disciplinare di gara; in particolare, l'ing. Luigi Rispoli, partecipante al raggruppamento quale mandante con una quota del 10 per cento, ha dichiarato, con riguardo al requisito di cui al punto 12, lett. p), del disciplinare, di avere svolto servizi di progettazione, nel decennio antecedente la pubblicazione del bando di gara (2003/2012), per un importo globale non inferiore a due volte l'importo stimato dei lavori da

progettare (e precisamente euro 7.496.046,28, cat. VIII, ed euro 1.154.954,00 cat. III a). Senonchè quanto dichiarato all'atto di partecipazione alla gara non ha trovato conferma nella certificazione delle stazioni appaltanti prodotta, da cui si evince l'esecuzione di servizi di progettazione nella categoria III a) per un importo totale di euro 640.390,65 (inferiore a quello dichiarato di euro 1.154.954,00 e comunque inferiore a quello richiesto dal disciplinare di gara, pari ad euro 996.139,63) e pertanto il raggruppamento doveva essere escluso dalla gara.

Il motivo è infondato.

Anche a prescindere dall'errore materiale della certificazione proveniente dal Comune di Sant'Arsenio, da cui risulta impropriamente riferita all'anno 2014 (anziché 2004) l'attività di progettazione resa nell'ambito del progetto di "ristrutturazione del sistema fognario e depurativo comunale", occorre considerare che i requisiti dichiarati dalle mandanti erano sovrabbondanti rispetto a quelli richiesti percentualmente al costituendo gruppo di progettazione. Conseguentemente, considerando i requisiti verificati (e non contestati) dell'ing. Rispoli (per un importo di euro 640.390,65), ed aggiungendoli a quelli degli altri mandanti, il raggruppamento ha raggiunto un totale di euro 11.029.567,30, ampiamente superiore al minimo richiesto. Anche escludendo l'ing. Rispoli, il raggruppamento possedeva i requisiti minimi previsti dalla *lex specialis* (euro 4.482.628,34) e non poteva dunque essere escluso.

4. - Con il terzo motivo il R.T.I. C.C.C. ha poi censurato l'ammissione alla gara del raggruppamento Ritonnaro per il fatto che il progetto esecutivo non è stato predisposto da un geologo, iscritto nell'apposito albo professionale; alla mandante Geoservizi s.r.l., in particolare, non è stata attribuita alcuna quota di partecipazione al raggruppamento, e ciò comporta che la figura del professionista debba ritenersi *tamquam non esset*.

Anche tale motivo è infondato.

Invero, nel progetto esecutivo non è emersa la necessità di una relazione geologica, a tale scopo essendo risultata sufficiente quella svolta in sede di progetto definitivo. Di conseguenza, non è ravvisabile l'obbligo di avvalersi

dell'apporto di un progettista geologo (in termini anche Cons. Stato, V, 20 luglio 2016, n. 3285), pur essendo stata indicata la società nel rispetto dell'art. 35 del d.P.R. n. 207 del 2010.

5.- Con il quarto motivo l'appellante deduce che il raggruppamento aggiudicatario non abbia incluso nell'offerta tecnica, quali elaborati compresi nel progetto definitivo ai sensi dell'art. 24 del d.P.R. n. 207 del 2010, la documentazione relativa alle soluzioni delle interferenze e lo stralcio dello strumento urbanistico, e pertanto doveva essere escluso.

Il motivo è infondato, in quanto risulta prodotta la documentazione relativa alla soluzione delle interferenze (planimetrie, interferenze, progetto di risoluzione interferenze : elaborato GEN-REL) ed allo stralcio dello strumento urbanistico, pur non risultando espressamente e singolarmente specificati nell'elenco degli elaborati.

6. - Con il quinto motivo, oltre a reiterarsi il contenuto della seconda doglianza circa il mancato possesso dei requisiti dichiarati in capo all'ing. Rispoli (profilo per il quale si rinvia al punto *sub* 3), si deduce che l'ing. Lombardi, altro componente del raggruppamento di progettazione con una quota del 10 per cento, ha comprovato di avere svolto servizi di progettazione per la categoria III a) per un importo di soli euro 63.965,38 (inferiore a quanto dichiarato, ed anche a quanto prescritto dalla *lex specialis*) e non ha dimostrato di avere svolto servizi nella categoria VIII. In particolare, ad avviso dell'appellante, contrariamente a quanto ritenuto dal RUP in sede di verifica, non sarebbero idonei i certificati in data 3 febbraio 2016 rilasciati dal Comune di Pollica, in quanto non indicano la quota parte del servizio di progettazione dal medesimo svolta, mentre taluni di questi certificati evidenziano che il servizio (per l'intervento di ristrutturazione e completamento della rete idrica e fognaria, articolato in vari lotti) è stato svolto dall'ing. Rispoli; analogamente, non sarebbe idoneo a provare l'avvenuta esecuzione del servizio di ingegneria da parte dell'ing. Lombardi il certificato in data 2 febbraio 2016 del Comune di San Mauro Cilento, in quanto non specifica l'importo allo stesso professionista riferibile; il medesimo ordine di problemi si porrebbe per i certificati rilasciati

da Puriacque s.c. a r.l. (con riguardo al progetto “acquedotto duale al servizio del Cilento costiero nord-ovest”, suddiviso in lotti).

Il motivo è infondato.

Procedendo per ordine, anche ad ammettere la mancata comprova, da parte dell'ing. Lombardi, mandante del R.T.P. indicato dall'A.T.I. Ritonnaro, dei requisiti dichiarati, non sarebbe configurabile un'ipotesi di esclusione, in quanto il disciplinare di gara prevede solamente il possesso cumulativo dei requisiti in capo alle mandanti. Dispone, in particolare, che *«per i raggruppamenti temporanei di professionisti, i requisiti di cui al punto 12, lett. o), p) e r), del presente disciplinare dovranno essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento, fermo restando che il capogruppo dovrà comunque possedere i predetti requisiti nella misura minima del 55%; la restante parte dovrà invece essere posseduta cumulativamente dalle mandanti. La quota di partecipazione al raggruppamento dovrà corrispondere alla percentuale dei requisiti posseduti con il limite massimo del 55% per il capogruppo»*.

La *lex specialis* è conforme all'art. 261, comma 7, del d.P.R. n. 207 del 2010, alla stregua del quale i requisiti finanziari e tecnici devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento, sì che *«il bando di gara, la lettera di invito, o l'avviso di gara possono prevedere [...] che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, che comunque non può essere stabilita in misura superiore al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti»*.

Nella fattispecie in esame la quota del 45 per cento che doveva essere posseduta cumulativamente dalle mandanti sussiste in capo alla mandante Ediling s.r.l. che ha dimostrato (circostanza incontestata) una capacità tecnica pari ad euro 8.552.606,16 in categoria III a), e di euro 18.153.488,61 in categoria VIII. Risulta dunque comprovato sia il possesso dei requisiti della capogruppo, che il possesso dei requisiti minimi prescritti cumulativamente alle mandanti, senza considerare i certificati contestati dell'ing. Lombardi.

Ciò posto, con riguardo alla comprova dei requisiti dichiarati dall'ing. Lombardi, allega l'appellato raggruppamento Ritonnaro che i certificati di esecuzione si riferiscono a servizi di progettazione affidati dalle stazioni appaltanti congiuntamente a più progettisti, quali liberi professionisti, e non componenti di società di ingegneria o di raggruppamenti temporanei. Da ciò consegue che l'ing. Lombardi ha speso in gara il requisito maturato *pro quota* in questi servizi resi congiuntamente da più professionisti nell'unico modo che era consentito, in misura proporzionale al concreto apporto professionale prestato.

7. - Deve infine essere disatteso il sesto motivo con cui viene dedotta l'illegittimità della determinazione di Arcadis n. 426 in data 11 ottobre 2016, di conferma dell'aggiudicazione definitiva, in via derivata dall'illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento di verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti dichiarati, per l'assorbente ragione che non è configurabile un'invalidità dell'atto presupposto (a prescindere dunque da un approfondimento sul reale rapporto di presupposizione enucleabile tra tali atti).

8. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello del R.T.I. C.C.C. va respinto, il che esime il Collegio dalla disamina dei motivi del ricorso incidentale, non esaminati in primo grado, ed in via gradata riproposti in questa sede dall'appellato R.T.I. Ritonnaro Costruzioni s.r.l.

La complessità, anche fattuale, delle questioni trattate costituisce un giusto ed eccezionale motivo per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO