

Pubblicato il 13/10/2016

N. 04238/2016REG.PROV.COLL.

N. 02464/2016 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 2464 del 2016, proposto da: Gema S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo C.F. LCCFRC62E14F839G, con domicilio eletto presso Lucrezia Riccio in Roma, piazza Martiri di Belfiore, n. 4;

contro

Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Ferrari C.F. FRRRRT74B26F839M e Cinzia Coppa C.F. CPPCNZ61P56F839B, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, p.za Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

Costruzioni Cinquegrana S.r.l. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria Rti con Ediltecna s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Rallo C.F. RLLNDR60E29F839Z, Michele Lopiano C.F. LPNMHL61C12A662C, con domicilio eletto presso Claudio Petrucci in Roma, via Polonia, n. 7; Zeta Costruzioni S.a.s., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE V, n. 1008/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria quinquennale delle opere murarie - ris.danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Napoli e della Costruzioni Cinquegrana Srl, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del Rti con Ediltecna s.r.l., che ha spiegato anche appello incidentale condizionato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Federico Liccardo, Roberto Ferrari e, su delega dell'avvocato Lopiano, Enrico Soprano.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Campania invocava l'annullamento della determinazione dirigenziale dell'I.a.c.p. di Napoli n. 25 del 17 giugno 2015, recante l'aggiudicazione all'A.t.i. costituenda tra la società Costruzioni Cinquegrana s.r.l. e la Ediltecna s.r.l. dell'appalto di manutenzione ordinaria quinquennale delle opere murarie nei Comuni della Provincia di Napoli – lotto n. 2; del verbale di gara del 12 giugno 2015, relativo alla seduta nella quale la Commissione di gara aveva disposto l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto; dei verbali relativi alle sedute di gara nel corso delle quali erano state ammesse e valutate le offerte del costituendo raggruppamento di imprese Costruzioni Cinquegrana s.r.l. – Ediltecna s.r.l. nonché della società Zeta Costruzioni s.a.s., collocatesi rispettivamente al primo e al secondo posto della graduatoria finale. Inoltre chiedeva la declaratoria di inefficacia del contratto o in subordine il risarcimento del danno per equivalente.

2. L'adito tribunale con la sentenza segnata in epigrafe respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale spiegato dalla controinteressata.

Il TAR, in particolare, rilevava che il bando di gara non richiedeva in maniera espressa che le certificazioni di qualità richieste per partecipare alla gara dovessero essere rilasciate da soggetti accreditati da Accredia e che, in assenza di concrete contestazioni circa il possesso dei requisiti sostanziali per la corretta esecuzione dell'oggetto dell'appalto, la stazione appaltante ben poteva, ex

art. 43 d.lgs. 163/2006, consentire che la prova dei requisiti di qualità aziendale possa essere fornita, oltre che mediante la certificazione di qualità tipizzata, anche mediante misure di natura equipollente.

3. Avverso tale pronuncia insorge l'originaria ricorrente che si duole del fatto che: a) il TAR non si sarebbe pronunciato sulla censura con la quale veniva contestata la mancata esclusione dalla gara della prima e della seconda classificata per non aver prodotto le certificazioni richieste in quanto rilasciate da soggetti non accreditati; infatti i primi giudici avrebbero motivato sulla diversa circostanza che le certificazioni non sarebbe state rilasciate da soggetti non accreditati da ACCREDIA. Inoltre, nel ricorso di prime cure si evidenziava come le controinteressate non avessero inteso fornire la prova del possesso dei requisiti per l'esecuzione del contratto attraverso mezzi equivalenti, non potendo ritenersi tale il possesso di una certificazione rilasciata da un soggetto non accreditato; b) contrariamente a quanto affermato dai primi giudici la ricorrente con il rilevare la non conformità delle dichiarazioni rilasciate e l'assenza di altre prove avrebbe contestato l'effettivo possesso dei requisiti in capo alle controinteressate; pertanto, mentre il deposito di una certificazione di qualità rilasciata da un ente accreditato, ai sensi del regolamento EMAS e del regolamento 765/2008 dell'Unione Europea, confermerebbe il possesso del requisito senza che l'ente debba o possa indagare al riguardo, la produzione di un certificato rilasciato da un ente non accreditato in assenza di ulteriori prove implicherebbe la mancata prova circa il possesso del requisito. Non potrebbe accettarsi, infatti, una equivalenza tra la certificazione rilasciata da un ente accreditato e quella rilasciata da un ente non accreditato; in ogni caso, alla procedura in questione non potrebbe applicarsi *ratione temporis* la disciplina del soccorso istruttorio. Infine, dovrebbe rilevarsi il difetto di istruttoria in ordine alla suddetta prova, come l'impossibilità che la verifica de qua venga operata se non dalla commissione di gara.

4. In data 7 aprile 2016 deposita appello incidentale la società Costruzioni Cinquegrana s.r.l. che argomenta in ordine all'inammissibilità ed infondatezza dell'appello principale, evidenziando la correttezza dell'esegesi offerta dai primi giudici sulla questione controversa ed in subordine sulla necessità che l'amministrazione utilizzasse lo strumento del soccorso istruttorio; in subordine, l'appellante incidentale ripropone le doglianze contenute nel ricorso incidentale di prime cure.

5. In data 15 aprile 2016 si costituisce l'amministrazione appellata, che invoca la conferma della pronuncia impugnata ed argomenta in ordine alla non necessità del soccorso istruttorio, dal momento che le certificazioni prodotte dall'appellante incidentale sarebbero idonee a comprovare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

6. Con memoria depositata il 18 maggio 2016 l'appellante insiste sulle proprie argomentazioni, evidenziando, tra l'altro, l'inidoneità delle certificazioni prodotte a comprovare il possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

7. L'appello è infondato e non può essere accolto.

7.1. Occorre premettere che il *thema decidendi* rimesso alla valutazione del giudice di seconde cure non può essere più ampio di quello descritto con il ricorso dinanzi al TAR e, pertanto, occorre prendere le mosse dal contenuto di quello al fine di intendere correttamente l'ambito delle censure svolte nell'odierno gravame (che evidentemente non possono discostarsi dall'atto introduttivo del giudizio di primo grado).

Con il ricorso di primo grado è stato contestato che l'odierna appellata non sia stata esclusa dalla gara, nonostante non avesse prodotto le certificazioni da parte di enti accreditati a dimostrazione del possesso dei requisiti necessari richiesti dalla disciplina di gara.

7.2. Occorre prima di procedere allo scrutinio dei motivi di doglianza contenuti nell'appello principale chiarire che gli artt. 43 e 44 d.lgs. 163/2006, rispettivamente in tema di norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale, stabiliscono che i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara possano essere provati utilizzando tre diversi strumenti: a) certificati rilasciati da organismi indipendenti accreditati; b) certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri; c) altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici.

Si tratta di strumenti utili allo stesso modo per raggiungere il risultato di poter dimostrare di avere i requisiti per la partecipazione alla procedura di gara (Cons. St., Sez. V, 12 novembre 2103, n. 5375).

Le norme in questione sono state correttamente lette in chiave non formalistica nel senso che l'impresa partecipante deve poter provare l'esistenza della qualificazione con mezzi idonei che garantiscano un soddisfacente grado di certezza, nel limite della ragionevolezza e della proporzionalità della previsione della legge speciale di gara, la quale deve garantire la massima partecipazione (Cons. St., Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4471).

7.3. Nella fattispecie in esame l'appellata ha prodotto certificazioni di qualità non rilasciate da soggetto accreditato, ma da ciò non può farsi discendere che la produzione effettuata non ricada all'interno di quelle altre prove relative all'impiego di gestione ambientale, specie se si pone mente al fatto che proprio la produzione di una certificazione rilasciata da parte di un soggetto non accreditato rappresenta l'ipotesi tipica in cui il possesso dei requisiti non può ritenersi in via presuntiva posseduto dal concorrente, ma deve essere oggetto di scrutinio da parte della stazione appaltante.

In definitiva, la diversità di disciplina tra le ipotesi di cui sub a) e sub b) va colta nel fatto che in questi due casi l'amministrazione deve dare per provato il possesso dei requisiti, non potendo disconoscerlo.

Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante la produzione di un certificato rilasciato da un ente non accreditato non può comportare *ex se* l'esclusione da una procedura di gara, ma impone all'amministrazione una valutazione in ordine al concreto possesso dei requisiti in capo al

concorrente; valutazione che ben può avvenire anche attraverso l'esame della detta certificazione, giacché ciò che il legislatore ha inteso scongiurare è la possibilità che imprese prive dei necessari requisiti possano partecipare alla procedura di gara.

7.4. Da ciò deriva che, in assenza di indizi probatori in ragione dei quali si possa affermare il mancato possesso dei requisiti in materia di gestione ambientale da parte dell'aggiudicataria, non si ravvisa alcun uso illegittimo del potere discrezionale in capo alla stazione appaltante circa il giudizio di equivalenza delle prove offerte dall'appellata tramite la certificazione prodotta ovvero di deficit istruttorio al riguardo.

8. La sentenza impugnata non merita quindi le censure che le sono state appuntate e pertanto l'appello principale deve essere respinto, mentre quello incidentale va dichiarato improcedibile per difetto di interesse.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna Gema S.r.l. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle parti appellate costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Massimiliano Tarantino

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO