

REPUBBLICA ITALIANA

N.241/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2628 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ha pronunciato la seguente

ANNO 2004

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2628 del 2004 proposto dalle imprese Martino Giovanni s.r.l., Eliseo ing. Renato s.r.l., Camardo Costruzioni s.r.l. e Lenko Italiana s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, ciascuna in proprio e nella qualità rispettivamente, la prima, di designata mandataria e, le altre, di designate mandanti di costituenda associazione temporanea d'impresе, rappresentate e difese dall'avv. Salvatore Di Pardo, con domicilio eletto in Roma, Viale della Conciliazione n. 44, presso lo studio dall'avv. Giuliano Segato;

contro

l'impresa ing. Vincenzo Strigari & C. s.r.l., in persona del suo legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo della costituenda a.t.i. con la Sufag Sport und Freizeitanlagem GmbH, nonché contro quest'ultima, in persona del suo legale rappresentante, in proprio e quale mandante della costituenda a.t.i. con la ing. Vincenzo Strigari & C. s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Bruno Paolillo, con domicilio eletto, come per legge, nella Segreteria del Consiglio di Stato; e

contro

la Campitello Matese s.c.p.a., in persona del suo legale

rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Colalillo, con domicilio eletto in Roma, Via Albalonga n. 7, presso lo studio dall'avv. Clementino Palmiero,

per la riforma

della sentenza n. 24 in data 22 gennaio 2004 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle imprese ing. Vincenzo Strigari & C. s.r.l. e Sufag Sport und Freizeitanlagem Gmbh, nella qualità suddetta, e quello della Campitello Matese s.c.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 21 Giugno 2005 gli avv.ti Di Pardo e Colalillo e, su delega dell'avv. Paolillo, l'avv. Notti;

Visto il dispositivo di sentenza n. 453 pubblicato in data 7 luglio 2005;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame è impugnata la sentenza n. 24 in data 22 gennaio 2004, con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise ha accolto il ricorso proposto dalle imprese appellate, nella qualità in epigrafe indicata, per ottenere l'annullamento del

bando di gara datato 7 aprile 2003, relativo all'appalto concorso indetto dalla Campitello Matese s.c.p.a. per la fornitura di un impianto di neve programmata per la stazione sciistica di Campitello Matese, nella parte in cui non fa espresso riferimento ai requisiti di partecipazione di cui all'art. 8 della legge n. 109 del 1994 ed all'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999; del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del 13.6.2003 e di quello di aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. tra le imprese Martino Giovanni s.r.l., ing. Renato Eliseo s.r.l., Costruzioni Camardo s.r.l. e Lenko s.r.l., disposto dal Consiglio di amministrazione della Campitello Matese con deliberazione del 24.6.2003.

Le appellanti contestano le ragioni sulle quali la sentenza si fonda, con particolare riguardo alla natura dell'appalto in questione, e ripropongono le eccezioni preliminari e pregiudiziali, già sollevate in primo grado. Chiedono, in conclusione, che la sentenza appellata sia riformata ed il ricorso originario sia respinto perché irricevibile, inammissibile ed infondato ovvero, in via subordinata, che sia annullata con rinvio al primo giudice. Con ogni conseguente determinazione sulle spese e competenze del giudizio.

Per resistere al gravame si sono costituite le parti appellate, le quali hanno controdedotto, concludendo per la sua reiezione perché inammissibile ed infondato; vinte le spese di giudizio.

Con decisione interlocutoria n. 390 in data 11 febbraio 2005 sono

stati disposti incumbenti istruttori, regolarmente adempiuti.

La causa è stata trattata all'udienza pubblica del 21 Giugno 2005, nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

DIRITTO

1. La controversia riguarda l'appalto concorso indetto dalla Campitello Matese s.c.p.a. per la fornitura di un impianto di neve programmata per la stazione sciistica di Campitello Matese.

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise ha ritenuto illegittimo il bando di gara, nella parte in cui omette di prescrivere i requisiti di partecipazione di cui all'art. 95 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e, conseguentemente, lo ha annullato insieme all'aggiudicazione disposta in favore della costituenda associazione temporanea d'impresе appellata, essendo una delle imprese associande priva della richiesta certificazione SOA per i lavori previsti in appalto.

A questa conclusione il Tribunale è pervenuto sul presupposto che l'impianto sciistico in questione integra, non una semplice 'fornitura', ma "un complesso di strutture da montare ed assemblare con fissaggio permanente al suolo, che possono qualificarsi come opera strutturale complessa". "La prevalenza funzionale dell'aspetto di opera pubblica nell'impianto *de quo*, secondo il giudice di primo grado, "comporta che la valutazione economica della componentistica rientra in quella globale

dell'opera, con la conseguente integrale applicazione del procedimento previsto per l'appalto di opere pubbliche, anche sotto il profilo della valutazione quantitativa imposta dalla previsione del primo comma dell'art. 2 della legge n. 109 del 1994".

Per le imprese appellanti, invece, nella specie ricorre un'ipotesi di contratto misto di lavori, forniture e servizi, in cui la fornitura è economicamente prevalente, cosicché legittimamente la Stazione appaltante ha ritenuto di utilizzare nel bando il procedimento previsto per le forniture, disciplinato dal D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358, integrandone la disciplina con la sola richiesta dell'attestazione SOA per la categoria dei lavori.

2. Prima di procedere all'esame del merito, occorre, tuttavia, esaminare la questione di giurisdizione agitata dalla stessa parte appellante e le eccezioni in rito sollevate dalle appellate.

Quanto alla prima, si ritiene che la controversia appartenga certamente alla giurisdizione del giudice amministrativo, a norma dell'art. 6 della L. 21 luglio 2000 n. 205.

Essa concerne, come meglio si dimostrerà, una procedura di affidamento di fornitura, svolta da parte di un soggetto comunque tenuto nella scelta del contraente al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale in applicazione di quella comunitaria. L'appalto in questione, infatti, è dell'importo a base d'asta di €3.200.000,00, come tale superiore alla soglia, di 200.000 diritti speciali di prelievo (pari ad €

249.681,00 - cfr. comunicato del Ministero dell'Economia e delle Finanze in G.U. 3.1.2002 n. 3), prevista dall'art. 1 del D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358 ai fini della soggezione alla disciplina in esso dettata in attuazione della normativa comunitaria (direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE). Inoltre, l'Ente appellato, che lo ha espletato, si configura sicuramente come organismo di diritto pubblico, ai sensi del terzo comma, lett. b), dello stesso art. 1 citato, in quanto società consortile a prevalente capitale pubblico, senza scopo di lucro, costituita per soddisfare la finalità d'interesse generale, non avente carattere industriale o commerciale, della promozione dello sviluppo dell'area territoriale del Matese.

Acclarata, così, la giurisdizione di questo Giudice, può procedersi alla valutazione delle eccezioni sollevate in rito dalle società appellate.

Queste, dopo aver rilevato che l'atto d'appello è stato notificato una prima volta in data 18 marzo 2004 e, una seconda, il successivo 31 marzo 2004, eccepiscono l'inammissibilità del ricorso notificato per primo, sia perché sottoscritto dal solo difensore, non munito di mandato speciale, non potendosi considerare tali quelli conferiti, attesa la loro evidente genericità; sia perché mancante, sulla copia notificata, dell'autenticazione delle sottoscrizioni da parte del difensore.

A sua volta, il ricorso notificato per secondo - che, peraltro, per litispendenza andrebbe cancellato a norma dell'art. 39 c.p.c. -

sarebbe tardivo, oltre che inammissibile per essere stato depositato oltre il termine dimezzato prescritto dall'art. 23 bis L. 6 dicembre 1971 n. 1034.

Considera, al riguardo, il Collegio che la sentenza di primo grado, pubblicata mediante deposito in segreteria il 22 gennaio 2004, risulta essere stata notificata alla sola Amministrazione soccombente in data 18 febbraio 2004, non anche alle imprese odierne appellanti. Per queste - in mancanza di impugnazione da parte dell'Amministrazione - il termine per proporre appello scadeva, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 7, L. n.1034 del 1971, centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza, vale a dire il 21 maggio 2004. Entrambi gli atti d'appello, quindi, il primo, notificato il 18 marzo 2004 e depositato il 24 dello stesso mese, e il secondo, notificato in data 31 marzo 2004 e depositato il 6 aprile seguente, sono stati notificati e depositati tempestivamente. Peraltro, il principio di consumazione dell'impugnazione - mentre non consente a chi abbia già proposto una rituale impugnazione di proporre una successiva (di diverso o identico contenuto) - non esclude che, dopo la proposizione di un'impugnazione viziata, possa esserne proposta una seconda immune dai vizi della precedente e destinata a sostituirla. In particolare, per espressa previsione normativa (art. 353 e 387 c.p.c., rispettivamente per l'appello e per il ricorso per cassazione), la consumazione del diritto d'impugnazione presuppone l'esistenza - al tempo della proposizione della

seconda impugnazione - di una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità della precedente; sicché, in mancanza di tale (preesistente) declaratoria, ben è consentita la proposizione di una (altra) impugnazione (di contenuto identico o diverso) in sostituzione della precedente viziata, sempreché il relativo termine non sia decorso (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 25 luglio 2001 n. 4077; id., sez. IV, 7 maggio 2001 n. 2558; Cass. Civ., sez. I, 21 luglio 2000 n. 9569; id., sez. I, 7 settembre 1999 n. 9475; id., sez. lav., 23 gennaio 1998 n. 643). Nessuna litispendenza, dunque, si è determinata nel caso che ci occupa con la notificazione del secondo originale dell'atto introduttivo del giudizio d'appello, ma soltanto la rinnovazione della notifica al fine di scongiurare, come plausibilmente sostiene parte appellante, il presunto vizio della prima (peraltro, imputabile al servizio postale).

Quanto all'eccepito difetto nello *ius postulandi*, ne va sicuramente esclusa la sussistenza. I mandati rilasciati dalle società appellanti sono apposti a margine dell'atto di appello e fanno riferimento, sia pure con formula a stampa, al "presente giudizio", il quale, pertanto, non può che essere quello introdotto con l'atto a margine del quale il mandato è apposto. Nel secondo originale si precisa, inoltre, che si tratta di giudizio "innanzi al Consiglio di Stato". I mandati, quindi, siccome specificamente conferiti per la proposizione dell'impugnazione cui accedono, devono ritenersi speciali e tali da abilitare il difensore a

sottoscrivere, da solo, il gravame.

Del pari infondato è l'altro profilo d'inammissibilità addotto con riferimento alla mancanza, sulle copie notificate, dell'autentica delle sottoscrizioni di due dei quattro appellanti da parte del difensore. Le copie suddette, infatti, contengono la trascrizione della procura e l'attestazione dell'ufficiale giudiziario della loro conformità all'originale, nel quale la sottoscrizione delle parti appellanti è regolarmente autenticata dal difensore munito di procura speciale (cfr. Cons. Stato, sez IV, 17 giugno 2004 n. 3585).

L'eccezione d'inammissibilità fin qui esaminata si rivela, dunque, infondata in tutti i suoi profili e va respinta.

Prive di fondamento sono, altresì, le eccezioni d'inammissibilità dell'appello formulate dalle società resistenti con la memoria depositata in vista dell'udienza del 21 giugno 2005. Contrariamente a quanto si sostiene, non sussisteva, invero, per le odierne appellanti alcun onere d'impugnare in via incidentale la scelta della disciplina applicabile all'appalto fatta dall'Ente o le disposizioni del bando, che esse ritenevano perfettamente legittime e legittimamente applicate.

3. Nel merito, il punto cruciale della controversia è costituito dalla qualificazione dell'appalto, al fine di individuare la normativa regolatrice della relativa procedura e, in particolare, per stabilire se essa sia da identificarsi con quella dettata per le forniture dal D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358, indicata nel bando di

gara, o quella per i lavori pubblici, invocata dalle originarie ricorrenti.

Al riguardo è importante rilevare che il bando di gara e la lettera d'invito descrivono l'appalto come "fornitura con installazione, opere e progettazione di impianto di neve programmata nuovo di fabbrica" ed il capitolato speciale d'appalto (art. 13) indica le prestazioni, in relazione alle quali i concorrenti sono tenuti a formulare l'offerta economica, come segue: "a) Progetto esecutivo, servizio di coordinamento per la progettazione di cui al D.lgs. 494/96 e redazione del piano di sicurezza; b) Forniture, opere meccaniche, elettriche ed eventuali prefabbricati per opere civili; c) Scavi, opere civili, movimentazioni terra, trasporti materiali, installazione e messa in opera delle forniture, montaggi, collegamenti elettrici; d) Opere di ripristino ambientale; e) Forniture di ricambio; f) Altri oneri".

Si tratta, dunque, di un contratto misto, comprendente forniture, lavori e servizi. In questa ipotesi, l'art. 2 comma primo della L. 11 febbraio 1994 n. 109, nel testo vigente alla data del bando (7 aprile 2003), sottoponeva alla disciplina dettata per gli appalti di lavori tanto i "contratti misti di lavori, forniture e servizi" quanto i contratti di forniture o di servizi che "comprendano lavori accessori", ogniqualvolta i "lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento". Il parametro da utilizzare, quindi, nell'individuare il regime giuridico proprio degli appalti a prestazioni tipologicamente eterogenee, di cui al citato art. 2 era

quello, oggettivo della prevalenza economica.

Il criterio, peraltro, ha suscitato i rilievi della Commissione europea che ne ha contestato l'utilizzo esclusivo (cfr. procedura d'infrazione 2001/2182), ricordando che per il diritto comunitario il parametro di riferimento per la determinazione delle regole applicabili agli appalti misti è costituito da "l'oggetto principale del contratto", alla cui individuazione concorrono, non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche il carattere di accessorieta' o meno della componente lavori rispetto alle altre prestazioni previste in contratto.

Di qui l'intervento adeguatore dell'art. 24, comma 2, della L. 18 aprile 2005, n. 62 - Legge comunitaria 2004, che ha riformulato il menzionato art. 2 L. 11 febbraio 1994 n. 109 nei seguenti termini: "Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto". Si è, dunque, optato per un criterio complesso che richiede la previa individuazione della prestazione oggettivamente prevalente, caratterizzante l'appalto, e la successiva valutazione del rapporto in cui con questa si trovano i lavori, anche se d'importo superiore al 50% di quello dell'intero contratto; per giungere ad escludere l'applicabilità della

normativa in materia di lavori pubblici soltanto quando, ancorché d'importo superiore al limite indicato, la componente lavori si connota per la sua mera accessorietà ossia abbia funzione di mero strumento per la corretta esecuzione della prestazione principale. Nel caso in esame, non è dubbia la prevalenza economica della fornitura, considerato che entrambe le parti concorrenti hanno formulato offerte nelle quali il prezzo di questa è sensibilmente superiore a quello dei lavori e nessuna ha smentito, con la dimostrazione del contrario, l'affermazione dell'Ente appaltante secondo cui, nello studio progettuale da esso predisposto, la fornitura è d'importo superiore a tutte le altre voci dell'appalto globalmente considerate.

Altrettanto indubbio è che l'oggetto caratterizzante l'appalto è costituito dalla fornitura dei "generatori di neve" e dei relativi macchinari accessori, come dimostra la circostanza che, nella ripartizione dei punteggi tra gli elementi di valutazione rilevanti ai fini dell'aggiudicazione della gara, il coefficiente d'importanza più elevato, pari ad un valore massimo di 50, è attribuito dal capitolato speciale d'appalto al "valore tecnico, estetico e funzionale degli impianti da fornire ed esperienza tecnica della ditta", con la precisazione che "il punteggio per la qualità progettuale verrà assegnato dalla Commissione Giudicatrice, che terrà conto delle tecnologie proposte, delle prestazioni dell'impianto, della facilità di esercizio, della economicità di esercizio, del rispetto dell'ecologia ambientale".

Quale che sia il criterio prescelto, sia quello della prevalenza economica o quello dell'oggetto principale del contratto, l'appalto in questione si configura, pertanto, come tale da sottrarsi all'applicazione integrale della normativa concernente i lavori pubblici.

Né può assumere valenza determinante la prescrizione del bando che richiede il possesso da parte del concorrente della qualificazione nella categoria OG6 (acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione), ancorché per una classifica (la V) di importo superiore a quello dell'intero appalto. Si tratta, infatti, pur sempre di qualificazione relativa a lavori il cui valore preventivato è comunque inferiore a quello della fornitura e concernenti la costruzione della rete di condotte idriche ed elettriche strumentali al funzionamento dell'impianto di generazione della neve di cui si tratta.

Deve ritenersi, quindi, del tutto legittima la scelta dell'Ente appaltante di assumere quale disciplina dell'appalto quella dettata dal menzionato D.Lgs. n. 358 del 1992 in materia di appalti pubblici di forniture e, in particolare, quanto all'ammissione delle associazioni temporanee d'impresa alla gara, di fare esclusivo riferimento al relativo art. 10 e non all'art. 95 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, che stabilisce i requisiti di partecipazione delle stesse associazioni alle gare per l'affidamento di lavori pubblici. Con esclusione, pertanto, dell'obbligatorio possesso da parte delle imprese mandanti dei

requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi almeno nella misura del 10 per cento.

La conclusione ora raggiunta comporta il riconoscimento della legittimità dei provvedimenti impugnati. L'appello, pertanto, deve essere accolto e, per l'effetto, va riformata la sentenza appellata, respingendo il ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti in causa delle spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti in causa spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 21 Giugno 2005 con l'intervento dei Signori:

Raffaele Iannotta -	Presidente
Giuseppe Farina -	Consigliere
Corrado Allegretta -	Consigliere rel. est.
Claudio Marchitiello -	Consigliere
Aniello Cerreto -	Consigliere

L'ESTENSORE

f.to Corrado Allegretta

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27 gennaio 2006

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale