



CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI INGEGNERI

CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

09/03/2017

U-ss/1622/2017



presso il
Ministero della Giustizia

U-MC/17

Circ. n.26 /XIX Sess.

Ai Consigli degli Ordini
degli Ingegneri
Loro Sedi

Oggetto: Competenze professionali – affidamento dei lavori di completamento delle opere di urbanizzazione del Piano degli insediamenti produttivi del Comune di Puglianello - progettazione delle opere viarie non connesse ai singoli fabbricati – **sentenza TAR Campania, Napoli, 20 febbraio 2017 n.1023** – incompetenza degli Architetti - competenza esclusiva dell'Ingegnere - considerazioni

Con la presente si trasmette in allegato l'importante sentenza del **TAR Campania, Napoli, I Sezione, 20 febbraio 2017 n.1023**, che ha riconosciuto – a proposito di una gara d'appalto integrato – che in materia di progettazione delle opere viarie non connesse ai singoli fabbricati vi è la competenza esclusiva dell'Ingegnere, dichiarando la illegittimità *in parte qua* del bando di gara che prevedeva l'obbligo di associare “*almeno un progettista architetto*” per i concorrenti privi della qualificazione SOA per la progettazione delle classi e categorie indicate nel bando.

Oggetto di impugnazione era stata l'aggiudicazione definitiva dei **lavori di completamento delle opere di urbanizzazione** del 2° Comparto del Piano degli Insediamenti Produttivi del Comune di Puglianello (NA), nonché la parte del disciplinare di gara che prevede che “*i concorrenti privi del possesso della qualificazione SOA per la progettazione delle classi e categorie di cui alla*

precedente tabella dovranno associare o indicare almeno un progettista architetto".

Avendo partecipato alla gara d'appalto integrato solamente due imprese, la seconda arrivata aveva proposto ricorso avverso l'aggiudicazione in favore della prima classificata, deducendo varie censure circa i requisiti di partecipazione.

In particolare, viene accolta – tra l'altro – la censura della società ricorrente principale avverso la previsione del bando che richiede un professionista Architetto per la progettazione esecutiva.

Per stabilire il discrimine tra le competenze professionali degli Architetti e quelle degli Ingegneri il Collegio passa dapprima in rassegna i contenuti degli articoli 51 e 52 del RD n.2537/1925 (che, chiarisce a scanso di equivoci, sono "norme ancora in vigore").

Ebbene, l'art.51 *cit.* devolve ai professionisti Ingegneri la progettazione e la conduzione di lavori relativi alle "vie ed ai mezzi di trasporto, di deflusso e di comunicazione", mentre in altro punto¹ attribuisce agli Ingegneri le "costruzioni di ogni specie".

Il Tar Campania richiama quindi il consolidato indirizzo giurisprudenziale (tra le tante: Consiglio di Stato, n.2938/2000; TAR Sicilia, Palermo, n.2274/2002; TAR Calabria, Catanzaro, n.354/2008 ; TAR Veneto, n.1153/2011; TAR Puglia, Lecce, n.1270/2013² ; TAR Lazio, Latina, n.608/2013) in base al quale tali disposizioni "vanno interpretate nel senso che **appartiene alla esclusiva competenza degli Ingegneri non solo la progettazione delle opere necessarie alla estrazione e lavorazione di materiali destinati alle costruzioni e la progettazione delle costruzioni industriali, ma anche la progettazione delle opere igienico-sanitarie e delle opere di urbanizzazione primaria, per tali dovendosi intendere le opere afferenti la viabilità, gli acquedotti, i depuratori, le condotte fognarie e gli impianti di illuminazione, salvo solo il caso che tali opere non siano di pertinenza di singoli edifici civili**".

Viene quindi nuovamente ribadita dal giudice amministrativo **la privativa esclusiva degli Ingegneri per la progettazione delle opere di viabilità**, tranne quelle strettamente connesse ai singoli fabbricati, che appartengono anche alla competenza concorrente degli Architetti.

Nel caso portato all'attenzione del Giudice, infatti, le attività progettuali non riguardavano opere a servizio di singoli fabbricati, bensì opere di urbanizzazione di un comparto del Piano di Insediamenti produttivi del Comune di Puglianello, "come tale devoluto alla competenza" generale "degli Ingegneri".

¹ Costituisce, con ogni evidenza, un refuso ed un errore di battitura il richiamo – contenuto nella sentenza in questo passaggio – all'art.52 del RD n.2537/1925.

² Su cui v. la circolare CNI 1/07/2013 n.243, pubblicata anche sul sito www.tuttoingegnere.it.



Il Consiglio Nazionale esprime apprezzamento e condivisione per questo chiarimento giurisprudenziale, che – attraverso una lucida disamina della normativa professionale – contribuisce alla piena affermazione della capacità tecnica e delle prerogative dei professionisti Ingegneri.

Essa potrà essere efficacemente utilizzata dai Consigli degli Ordini degli Ingegneri per contrastare gli affidamenti pubblici predisposti in violazione delle norme che individuano le competenze professionali degli Ingegneri e degli Architetti, in particolare delle prescrizioni che impediscono a questi ultimi di progettare opere di urbanizzazione primaria (opere viarie).

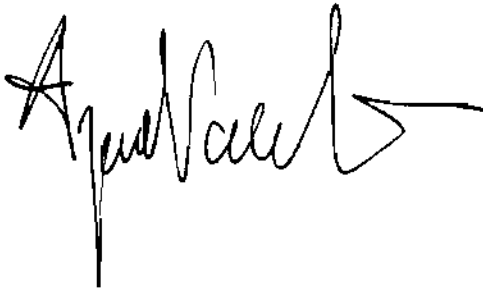
Pur formalmente riferita al precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.163/2006), la sentenza contiene, inoltre, anche interessanti spunti in tema di dichiarazione di subappalto e contratto di avvalimento.

Si rimanda comunque alla lettura integrale della pregevole decisione.

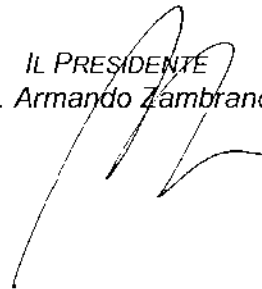
Gli Ordini provinciali degli Ingegneri sono invitati a favorire una ampia diffusione nel proprio ambito territoriale della sentenza Tar Campania, Napoli, n.1023/2017, allegata.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Angelo Valsecchi)



IL PRESIDENTE
(Ing. Armando Zambrano)



ALLEGATO :

- Sentenza TAR Campania, Napoli, sez. I, 20/02/2017 n.1023.

MC2802Circ

Publicato il 20/02/2017

N. 01023/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00860/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 860 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Lampugnale s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Oreste Di Giacomo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vincenzo Prisco, in Napoli, Via Toledo, 156;

contro

Comune di Puglianello, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Russo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Ferrigno in Napoli, Via Toledo, 156;

nei confronti di

G.P.A. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Maria D'Angiolella, Giuseppe Sauchella, con domicilio eletto presso l'avv. D'Angiolella, in Napoli, viale Gramsci, 16;

per l'annullamento

- della determinazione dell'Area tecnico-manutentiva n. 1/reg. generale del 7 gennaio 2015 di aggiudicazione definitiva dei lavori di completamento delle opere di urbanizzazione del 2° Comparto del Piano degli Insediamenti Produttivi del Comune di Puglianello, comunicata a mezzo fax il successivo 8 gennaio con nota prot. n. 87/2014 a firma del Responsabile del procedimento, nonché della aggiudicazione provvisoria;

- del bando - disciplinare di gara nella parte in cui, alla Sez. 2.1 Progettazione prevede che *"i concorrenti privi del possesso della qualificazione SOA per la progettazione delle classi e categorie di cui alla precedente tabella dovranno associare o indicare almeno un progettista architetto"*;
- nonché per la condanna dell'amministrazione, previa statuizione di inefficacia del contratto d'appalto, al risarcimento del danno in forma specifica con subentro, ovvero in subordine per la condanna al risarcimento per equivalente monetario.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Puglianello e di G.P.A. Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2017 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel 2014 il Comune di Puglianello indicava una gara d'appalto integrato per il *"completamento delle opere di urbanizzazione del 2° Comparto del Piano degli Insediamenti Produttivi"*, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con importo base di euro 2.716.239,93.

Le lavorazioni di cui si componevano l'intervento risultavano così specificate: categoria prevalente OG3 – classifica III; categorie scorporabili e subappaltabili OG6 – classifica III e OG1 – classifica III (il Comune di Puglianello rettificava con un successivo comunicato le classifiche riportate nel bando, erroneamente indicate come II).

Alla procedura concorsuale partecipavano solo n. 2 imprese, ovvero la G.P.A. Costruzioni s.r.l. che si collocava al primo posto nella graduatoria conclusiva e la seconda graduata Lampugnale s.r.l. Quest'ultima ha proposto il ricorso in esame avverso l'aggiudicazione in favore della prima classificata deducendo violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili.

Resiste in giudizio il Comune di Puglianello che replica nel merito alle censure di parte ricorrente e conclude per il rigetto del ricorso.

Si è costituita la società controinteressata che propone gravame incidentale avverso l'ammissione/mancata esclusione della società ricorrente.

La società Lampugnale eccepisce l'inammissibilità del ricorso incidentale, siccome notificato con modalità telematiche in assenza della previa autorizzazione presidenziale ex art. 52 cod. proc. amm..

Con successivo atto di motivi aggiunti parte ricorrente, all'esito di richiesta di accesso e di conseguente ostensione degli atti ad opera dell'amministrazione, ha ribadito il profilo di illegittimità concernente la carenza del requisito della regolarità contributiva in capo alla società aggiudicataria. La società controinteressata ha eccepito la tardività di tali motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 3620 del 6 luglio 2015 il Tribunale ha disposto la sospensione del processo ai sensi degli artt. 79 e 80 del cod. proc. amm., atteso il nesso di pregiudizialità tra la questione relativa alla regolarizzazione del documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.) sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea con ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. IV n. 1236/2015 ed il presente giudizio, costituendo tale profilo di diritto uno dei motivi del gravame principale.

Tale sospensione è stata poi ribadita con ordinanza n. 5136 del 7 novembre 2016, emessa a seguito di atto di impulso alla prosecuzione del giudizio inoltrato dalla ricorrente.

In data 18 novembre 2016 parte ricorrente ha depositato istanza di riassunzione del giudizio ai sensi dell'art. 80 c.p.a. rilevando che, con sentenza del 10 novembre 2016, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sulla predetta questione pregiudiziale.

Chiamata all'udienza pubblica dell'8 febbraio 2017, la causa è quindi passata in decisione.

DIRITTO

E' impugnato il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto indetto per l'affidamento dei lavori di completamento delle opere di urbanizzazione del 2° Comparto del Piano degli Insediamenti Produttivi del Comune di Puglianello.

Preliminarmente, si dà atto che trattasi di appalto con due sole imprese partecipanti le quali hanno impugnato, con ricorso principale ed incidentale, l'ammissione l'una dell'altra per presunta carenza dei requisiti di partecipazione; tale considerazione impone quindi il contestuale esame di entrambi i gravami, sia di quello incidentale intentato dalla

società aggiudicataria G.P.A. Costruzioni s.r.l., che del ricorso principale proposto dalla società Lampugnale s.r.l. (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2014 e Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 5 aprile 2016, C-689/13).

Il ricorso incidentale proposto dalla prima graduata è infondato: tanto esime il Collegio dall'esame dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa della società Lampugnale s.r.l.

Con un primo motivo di diritto, la G.P.A. Costruzioni s.r.l. lamenta che la società Lampugnale, qualificata per le categorie OG1 – classifica IV, OG3 – classifica V, OG6 – classifica I, non ha indicato nominativamente il subappaltatore individuato ai sensi dell'art. 118 del D Lgs. n. 163/2006 per l'esecuzione della categoria scorparabile OG 6 per la superiore classifica III non posseduta in proprio e si duole della mancata esclusione per carenza del predetto requisito di qualificazione.

L'argomentazione è priva di pregio alla luce della formulazione della *lex specialis* che non imponeva l'indicazione del subappaltatore e, altresì, dell'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015 – cui può farsi rinvio ai sensi dell'art. 74 cod. proc. amm. – secondo cui *“Là dove, infatti, l'art.118, secondo comma, d.lgs. cit., ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo a quelli) le condizioni di efficacia del subappalto, sicché ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli in classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire). Dall'esame della vigente normativa di riferimento può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all'azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorparabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come “subappalto necessario”).”*

Con le ulteriori doglianze, la ricorrente incidentale censura le concrete modalità di redazione della dichiarazione di subappalto osservando che la società Lampugnale avrebbe manifestato la volontà di subappaltare le lavorazioni della categoria OG6 in termini dubitativi indicando, inoltre, in modo vago e non univoco l'oggetto del subappalto e senza specificare le relative percentuali.

I rilievi non sono condivisibili.

In sede di gara, la seconda classificata ha utilizzato il modulo predisposto dalla stazione appaltante – che, nella apposita sezione concernente la manifestazione di volontà di subappaltare opere, recava l'avverbio *“eventualmente”* sul quale la ricorrente incidentale fonda il proprio ragionamento – dichiarando espressamente la propria intenzione di subappaltare ai sensi dell'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006 le lavorazioni appartenenti alle categorie scorporabili OG6 e OG3.

Risulta inoltre chiaramente specificato l'oggetto di tali lavorazioni, sia con riguardo alla cat. OG6 (scavi, trasporti a rifiuto, opere in cemento armato) che con riferimento alla cat. OG3 (scavi, pavimentazioni). Sussiste quindi una chiara volontà di ricorrere al subappalto per le precitate categorie né sussiste la causa di esclusione prevista dal disciplinare (cfr. punto 4.7, pag. 8) consistente nella *“mancata espressione della volontà di ricorso al subappalto, per quelle categorie a qualificazione obbligatoria non possedute dal partecipante”*. Quanto alla mancata indicazione della percentuale delle lavorazioni da subappaltare, ritiene il Collegio che, anche con riguardo a tale profilo, la società concorrente abbia soddisfatto l'onere di puntuale specificazione, mediante il riferimento al limite stabilito dalla normativa vigente, quindi entro il 30% delle lavorazioni, come previsto dall'art. 118, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Ribadita l'infondatezza del ricorso incidentale, può passarsi all'esame del gravame principale.

Con il primo motivo di impugnazione, la società Lampugnale evidenzia che, per conseguire la qualificazione per le categorie e classifiche richieste dal bando, del quale è priva, l'aggiudicataria G.P.A. Costruzioni s.r.l. ha stipulato n. 2 contratti di avvalimento, rispettivamente, con la società Archeos s.r.l. (per la categoria OG1- classifica III) e con la Edil Parente s.r.l. (per le categorie OG3 – class. III, e OG6 – classifica IU); tuttavia, la ricorrente sostiene che l'aggiudicataria avrebbe dovuto possedere un'attestazione SOA, anche se per categorie e classifiche diverse da quelle previste dalla *lex specialis*, con la conseguenza che la totale carenza di qualificazione avrebbe dovuto condurre alla esclusione dalla gara.

Il ragionamento non persuade.

Innanzitutto, va precisato che l'istituto dell'avvalimento - istituto di derivazione comunitaria - disciplinato dall'ordinamento italiano dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, ha portata generale.

Esso è finalizzato a consentire alle imprese singole, consorziate o riunite, che intendono partecipare ad una gara di poter soddisfare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altra impresa.

Ne consegue, che in ogni caso, ed a prescindere da espressa disposizione del bando, alle imprese che intendono concorrere ad una gara di appalto, è consentito di soddisfare i requisiti di cui sono carenti con l'ausilio dell'avvalimento.

La sola condizione è quella di permettere all'amministrazione di verificare che il candidato offerente disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto.

La portata generale dell'istituto dell'avvalimento è, dunque, circostanza ormai acquisita nell'ordinamento italiano nel rispetto della normativa comunitaria.

La tesi di parte ricorrente poteva essere condivisibile alla luce della formulazione dell'art. 49, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006 che, tuttavia, è stato abrogato con il D.Lgs. 152/2008, terzo correttivo degli appalti pubblici, per contrasto con la normativa comunitaria di cui alla direttiva 2004/18/CE (la pregressa disposizione prevedeva infatti che *"il bando può prevedere che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dalla impresa avvalente"*).

In seguito alla novella legislativa deve quindi propendersi per la generale operatività dell'istituto di cui al citato art. 49 che, pertanto, consente ad un operatore economico privo di qualificazione di avvalersi anche *in toto* dell'attestazione SOA di una impresa ausiliaria (Consiglio di Stato, Sez. VI, 1856/2008 e 3499/2008).

Con il secondo e terzo motivo di ricorso, la società Lampugnale assume che: I) i contratti di avvalimento stipulato dalla G.P.A. Costruzioni s.r.l. sarebbero generici perché non indicherebbero quali risorse di carattere economico – finanziario ricollegabili al possesso della qualificazione SOA vengono messe a disposizione della concorrente, a differenza dei requisiti di carattere tecnico – organizzativo che invece sono stati puntualmente descritti quindi, da un lato, i contratti di avvalimento indicano i mezzi materiali e le figure lavorative (requisiti di carattere tecnico - organizzativo), dall'altro, non specificano le referenze bancarie, il volume d'affari, il fatturato globale e gli elementi aziendali qualificanti sottesi alla SOA; II) l'aggiudicataria sarebbe priva della certificazione di qualità richiesta dal disciplinare che non è stata neppure oggetto di avvalimento.

Le deduzioni sono prive di pregio.

Sotto un primo profilo, ritiene il Collegio che le esigenze di puntuale specificazione dei requisiti economico – finanziari oggetto di avvalimento siano assicurate dalla indicazione della SOA oggetto di avvalimento senza che occorra all'uopo indicare i specifici requisiti sottesi al rilascio dell'attestazione.

Inoltre, appare condivisibile la tesi difensiva dell'amministrazione, secondo cui la certificazione di qualità è implicita nelle SOA prodotte in sede di gara (ai sensi dell'art. 63 del D.P.R. n. 207/2010 le imprese che si qualificano devono avere la certificazione di qualità, tranne che per le classifiche I e II); in ogni caso, l'aggiudicataria ha dedotto di aver esibito in sede di gara le predette certificazioni di qualità e, pertanto, le doglianze sono destituite di fondamento in punto di fatto.

Viceversa, colgono nel segno le residue censure che attengono, rispettivamente, alla illegittima indicazione (attuata dalla ricorrente in esecuzione della disciplina di gara, gravata *in parte qua*) di un architetto per la progettazione esecutiva e alla carenza del requisito della regolarità contributiva.

Valgano le seguenti considerazioni.

Il Collegio condivide l'assunto di parte ricorrente, secondo cui la progettazione delle opere viarie non connesse ai singoli fabbricati sono di pertinenza esclusiva degli ingegneri ai sensi dell'art. 51 (che devolve a tali professionisti la progettazione e la conduzione dei lavori relativi alle *"vie ed ai mezzi di trasporto del deflusso e di comunicazione"*) e dell'art. 52 (che attribuisce ai detti ingegneri le *"costruzioni di ogni specie"*) del R.D. n. 2537/1925, norme ancora in vigore che costituiscono il punto di riferimento normativo per stabilire il discrimine tra le competenze degli architetti e quelle degli ingegneri.

Deve al riguardo farsi applicazione del principio giurisprudenziale (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2938/2000, Sez. VI, n. 1150/2013; T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 2274/2002; T.A.R. Calabria, Catanzaro n. 354/2008; T.A.R. Veneto, n. 1153/2011; T.A.R. Puglia, Lecce, n. 1270/2013; T.A.R. Lazio, Latina, n. 608/2013), secondo cui tali disposizioni vanno interpretate nel senso che appartiene alla esclusiva competenza degli ingegneri non solo progettazione delle opere necessarie alla estrazione e lavorazione di materiali destinati alle costruzioni e la progettazione delle costruzioni industriali, ma anche la progettazione delle opere igienico - sanitarie e delle opere di urbanizzazione primaria, per tali dovendosi intendere le opere afferenti la viabilità, gli acquedotti, i depuratori, le condotte fognarie e gli impianti di illuminazione, salvo solo il caso che tali opere non siano di pertinenza di singoli edifici civili.

Nel caso specifico, le attività progettuali non riguardano opere a servizio di singoli fabbricati ma opere di urbanizzazione di un comparto del Piano di Insediamenti produttivi del Comune di Puglianello, come tale devoluto alla competenza degli ingegneri.

Ne consegue la illegittimità *in parte qua* della disciplina di gara e, di conseguenza, del provvedimento di ammissione alla gara della società aggiudicataria.

E' infine fondata l'ultima censura che riguarda la carenza della regolarità contributiva ex art. 38, lett. i) del D.Lgs. n. 163/2006.

In argomento, deve essere preliminarmente respinta l'eccezione di tardività sollevata dalla difesa della società controinteressata avverso i motivi aggiunti. Difatti, la censura relativa alla violazione del cennato requisito di ordine generale è stata ritualmente dedotta dalla parte ricorrente nel gravame introduttivo, mentre nel successivo atto di motivi aggiunti l'impresa ha ribadito il profilo di illegittimità alla luce della documentazione acquisita in sede di accesso (d.u.r.c.).

Nel merito, è comprovato che alla data dell'8.8.2014 (termine di scadenza della domanda di partecipazione alla gara) la società aggiudicataria non era in regola con il pagamento dei contributi previdenziali e contributivi poiché, a quella data, non risultavano pagati contributi INAIL pari a euro 2.928,88, contributi INPS per un importo di euro 14.101,00 e contributi dovuti alla Cassa Edile per un ammontare non specificato (cfr. documenti allegati ai motivi aggiunti).

Non merita condivisione il ragionamento della società controinteressata che afferma di aver fatto ricorso alla rateizzazione dei debiti contributivi, in data antecedente al confezionamento dell'offerta.

A tale riguardo, è vero che il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo dell'ente previdenziale (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2570/2015). Tuttavia, dall'esame della documentazione prodotta dalla G.P.A. Costruzioni in data 13 aprile 2015 risulta che: I) la richiesta di rateazione è stata accolta dall'INPS solo in data successiva alla presentazione della domanda di partecipazione (con provvedimento del 18 settembre 2014) e, inoltre, copre solo una parte del complessivo credito vantato dall'ente previdenziale; II) quanto al credito vantato dall'INAIL non risulta prodotto il provvedimento autorizzativo dell'istanza di

rateazione e non vi è prova che esso preceda la presentazione della domanda di partecipazione alla gara; III) con riferimento alla Cassa Edile di Benevento, manca una procedura di rateizzazione e, per stessa ammissione della controinteressata, la posizione è stata regolarizzata in data 2 settembre 2014, quindi in data successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

In presenza di una situazione di irregolarità contributiva alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, la commissione di gara avrebbe dovuto escludere la G.P.A. Costruzioni s.r.l. in applicazione del principio giurisprudenziale espresso dalle Adunanze Plenarie n. 5 e n. 6 del 2016 - cui può farsi sintetico riferimento ai sensi dell'art. 74 cod. proc. amm. - secondo cui *"Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto"*.

In tali sentenze si è anche dato atto che nessun argomento può trarsi, a sostegno della tesi opposta, dal D.M. 30 gennaio 2015 e dalla successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro – Direzione generale per l'attività ispettiva dell'8 giugno 2015 n. 19.

Sul punto l'Adunanza Plenaria ha rilevato quanto segue *"Appurato, infatti, che a livello di normativa primaria, la disciplina dell'affidamento degli appalti pubblici non consente la regolarizzazione postuma della irregolarità contributiva, deve certamente escludersi che tale forma di regolarizzazione possa essere stata introdotta da una fonte di rango regolamentare, quale è il decreto ministeriale 30 gennaio 2015. È fin troppo evidente che il generale principio di gerarchia delle fonti normative non permette ad una norma regolamentare di introdurre una forma di regolarizzazione*

incompatibile con la disciplina di rango legislativo. Una simile interpretazione (dando luogo ad una inammissibile inversione della gerarchia delle fonti) deve, pertanto, essere disattesa”.

Infine, la censura di parte ricorrente trae linfa dalla recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea n. 199 del 10 novembre 2016 che ha ritenuto compatibile con l'ordinamento comunitario una disciplina nazionale che non ammetta la regolarizzazione postuma del requisito di regolarità contributiva. Per quanto rileva nel presente giudizio, la Corte ha statuito che l'articolo 45 della direttiva 2004/18 non osta a una normativa nazionale che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione esista alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

La Corte di Giustizia ha quindi confermato il proprio pregresso orientamento che preclude rigidamente la partecipazione alle gare di appalto alle imprese che versino in una situazione grave e definitivamente accertata di irregolarità contributiva.

Le considerazioni svolte conducono all'accoglimento del ricorso principale e al conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della società G.P.A. Costruzioni s.r.l.

A questo punto, il Collegio deve farsi carico dello scrutinio della domanda risarcitoria articolata dalla ricorrente principale posto che: I) in data 6 maggio 2015 è stato stipulato il contratto d'appalto tra il Comune di Puglianello e l'impresa aggiudicataria; II) nella memoria del 28 settembre 2016 la difesa di parte ricorrente rappresenta che i lavori sono in pratica ultimati e, pertanto, dichiara di rinunciare all'istanza di subentro nel contratto insistendo per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente monetario; III) con riguardo a tale ultima richiesta, l'istante chiede la condanna della intimata amministrazione al risarcimento del danno per lucro cessante, pari all'8% della propria offerta economica e del danno curriculaire per un ammontare pari al 5% della predetta offerta oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

La domanda risarcitoria è fondata e va accolta nei limiti di seguito indicati.

Non vi è contestazione in ordine a quanto rappresentato dalla ricorrente circa l'avvenuta conclusione dei lavori che, peraltro, risulta anche dal certificato di ultimazione depositato il 7 febbraio 2017 dalla società controinteressata.

Pertanto, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. non vi è luogo alla declaratoria di inefficacia del contratto, tenuto conto del predetto stato di esecuzione del contratto e della insussistente possibilità di subentro da parte della società ricorrente; per l'effetto, occorre deliberare sulla richiesta di risarcimento per equivalente monetario ex art. 124 c.p.a..

Sussistono invero gli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 30 cod. proc. amm. e dell'art. 2043 cod. civ. per illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della società controinteressata che, per le ragioni illustrate, doveva essere invece esclusa dalla gara.

In ordine al rapporto di causalità, va condiviso il ragionamento della società ricorrente secondo cui, in caso di mancata adozione dell'illegittimo atto di aggiudicazione e di scorrimento della graduatoria e tenuto anche conto della infondatezza del ricorso incidentale proposto dalla G.P.A. Costruzioni s.r.l., la ricorrente avrebbe certamente conseguito l'aggiudicazione ed eseguito l'appalto di cui si controverte.

Con riguardo all'elemento soggettivo della colpa, trattandosi di violazione della normativa sugli appalti pubblici, la conseguente condanna al risarcimento dei danni non richiede il riconoscimento del carattere colpevole dell'illegittimità commessa dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1478/2014; Sez. V, 240/2013; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 30 settembre 2010 in causa C314/2009).

Passando alla quantificazione dei danni, ritiene il Collegio che:

- il lucro cessante può essere equitativamente determinato nel 5% dell'offerta economica della ricorrente (pari ad euro 2.505.252,65; cfr. verbale di gara n. 6 del 14 novembre 2014) tenuto conto che la stessa non ha comprovato di non aver potuto altrimenti utilizzare mezzi e maestranze, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1708/2015);
- il danno riportato dall'impresa a causa del mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale con connesso pregiudizio della capacità della stessa di competere sul mercato va liquidato equitativamente nel 3% sull'importo di cui all'alinea che precede (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 3233/2016).

Sulla somma così determinata che l'amministrazione comunale intimata (cui sono imputabili le illegittimità rilevate) provvederà a liquidare in favore della ricorrente va effettuata, trattandosi di debito di valore, la rivalutazione monetaria dalla data di aggiudicazione oggetto di gravame fino al deposito della presente decisione; infine, dalla data di pubblicazione della sentenza, divenuto debito di valuta, dovranno essere corrisposti gli interessi legali fino al soddisfo.

Il regime delle spese processuali segue il criterio della soccombenza con conseguente condanna delle parti resistenti nella misura indicata in dispositivo, mentre l'onere del rimborso del contributo unificato corrisposto dalla società ricorrente va posto a carico del Comune di Puglianello.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così provvede:

- respinge il ricorso incidentale proposto dalla G.P.A. Costruzioni s.r.l.;
- accoglie il ricorso principale proposto dalla società Lampugnale s.r.l. e, ai sensi degli artt. 122 e 124 del cod. proc. amm., condanna il Comune di Puglianello al risarcimento dei danni in favore della società Lampugnale s.r.l., da liquidarsi secondo i criteri indicati in parte motiva;
- condanna la società G.P.A. Costruzioni e il Comune di Puglianello al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori di legge, da ripartire in parti uguali tra loro (euro 2.000,00 per ciascuna parte soccombente);
- condanna altresì il Comune di Puglianello al rimborso del contributo unificato versato dalla parte ricorrente, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del D.P.R. n. 115/2002.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Gianluca Di Vira, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE