

N. 05712/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 05234/2011 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 Ottava)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 5234 del 2011, proposto da: Effezeta Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Costanzo, con domicilio eletto presso Giuseppe Costanzo in Napoli, viale Gramsci N.16 c/o Abbamonte;

*contro*

Comune di Capua, rappresentato e difeso dall'avv. Rosaria Nocerino, con domicilio eletto presso Roberto Matarazzo in Napoli, via Toledo,106;

*per l'annullamento*

DELLA NOTA DEL COMUNE DI CAPUA (CE) PROT. 13913 DEL 05/09/2011, NOTIFICATA IN DATA 09/09/2011 CON LA QUALE IL COMUNE DI CAPUA (CE) COMUNICAVA ALLA RICORRENTE LA DETERMINA DIRIGENZIALE N. 710 DEL 4.8.11 E CON LA QUALE SI E' PROCEDUTO ALL'ANNULLAMENTO DELLA PRECEDENTE DETERMINA N. 893 DEL 24/11/2010 RELATIVA ALL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELL'APPALTO "RECUPERO URBANO ZONA P.TA NAPOLI INTERVENTO 4

LAVORI DI MESSA IN SICUREZZA, RISANAMENTO E RECUPERO  
CAPANNONE IN VIA MARIANO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Capua;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 il dott. Renata Emma Ianigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e rilevato che , ai sensi dell'articolo 120 comma 10, la sentenza è redatta ordinariamente nelle forme di cui all'articolo 74 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 5234/2011 la società Effetzeta s.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t. impugnava, chiedendone l'annullamento, i seguenti atti:

- la nota prot. 13913 del 5.09.2011 notificata il 9.09.2011 con cui il Comune di Capua le comunicava che con determina dirigenziale n. 710 del 4.08.2011, si era proceduto all'annullamento della precedente determina n. 983 del 34.11.2010 recante l'aggiudicazione definitiva in suo favore dell'appalto avente ad oggetto il "Recupero urbano zona p.ta Napoli- Intervento n. 4 – Lavori di messa in sicurezza , risanamento e recupero capannone in via Mariano”;
- la stessa determinazione dirigenziale n. 710 del 4.08.2010 recante annullamento dell'aggiudicazione;
- l'eventuale aggiudicazione intervenuta nelle more in favore di altro concorrente;
- la nota prot. n. 15007 del 26.09.2011 del Comune di Capua ed ogni altro atto o provvedimento preordinato connesso e conseguente.

Esponeva di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Capua per il “Recupero urbano zona p.ta Napoli- Intervento n. 4 – Lavori di messa in sicurezza , risanamento e recupero capannone in via Mariano”, di essersi avvalsa ai sensi dell’articolo 49 d.lgs. 163/2006, per la qualificazione nelle categorie OG1 classifica III e OG 11 classifica I , dei requisiti posseduti da altra Impresa la Prisma Costruzioni s.r.l. messi a disposizione in virtù di apposito contratto di avvalimento, e di essere risultata prima in graduatoria ed aggiudicataria dei lavori giusta determinazione n. 893 del 24.11.2010.

Aggiungeva che i lavori venivano consegnati con procedura d’urgenza e che la stazione appaltante, con nota prot. n. 8701 del 25.05.2011, le comunicava l’avvio del procedimento di annullamento della determina dirigenziale n. 893 del 24.11.2010 poiché la Prefettura aveva comunicato che a carico della impresa ausiliaria sussistono cause di interdittiva antimafia.

Precisava di aver immediatamente proceduto a risolvere il contratto di avvalimento con la Prisma Costruzioni s.r.l. e di aver richiesto alla stazione appaltante di attendere per consentirle di sostituire il soggetto ausiliario con altra impresa dotata degli stessi requisiti necessari per l’esecuzione della prestazione aggiudicata.

Insorgeva quindi contro il provvedimento di annullamento dell’aggiudicazione adducendo a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto:

1)Violazione e falsa applicazione dell’art. 4 del d.lgs. n. 490/1998 e succ. modif e integr., e artt. 10 e 11 del d.p.r. n. 252/1998 e succ. modifiche e integr., arbitraria estensione degli effetti pregiudizievoli dell’interdittiva in danno di terzi, indebita compromissione della capacità di contrarre in danno di un soggetto che è terzo rispetto al perimetro applicativo dell’informativa. Violazione dell’articolo 97 della Costituzione, Eccesso di potere per errore sui presupposti, arbitrarietà;

La società ricorrente non è gravata da alcun provvedimento interdittivo e l’avvalimento ha avuto ad oggetto la sola certificazione Soa, restando integri i

requisiti generali in capo alla impresa ricorrente e partecipante alla gara.

2) Stessa censura sotto diverso profilo, arbitraria estensione degli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva in danno di terzi, eccesso di potere per mancanza dei presupposti, sviamento di potere, manifesta ingiustizia, difetto di motivazione; L'avvalimento riguarda la prestazione di requisiti oggettivi attinenti l'idoneità finanziaria, organizzativa operativa e l'applicazione dell'istituto non comporta per l'aggiudicataria alcun mutamento di rapporto con l'amministrazione né le fa perdere la sua originaria natura monosoggettiva. Consentendo alla EffeZeta di sostituire l'impresa ausiliaria con altro soggetto dotato di pari caratteristiche tecniche non si determinerebbe un mutamento soggettivo dell'impresa aggiudicataria della gara..

Nel caso di associazioni temporanee di imprese e consorzi la normativa di riferimento non prevede la perdita della commessa, consentendosi la sostituzione di uno dei soggetti del gruppo anche quando la causa dell'interdizione sia da ricondursi ad una informativa antimafia (cfr articolo 12 del d.p.r. n. 252/1998). In questa linea si situa la modificazione ad opera del d.lgs. 113/2007 dei commi 18 e 19 dell'articolo 37 del d.lgs. 163/2006, per cui il caso in esame deve avere identica soluzione, dal momento che la partnership tra imprenditori nel caso di ati o consorzi è presente anche nella fattispecie dell'avvalimento.

3) Stessa censura sotto diverso profilo; violazione e falsa applicazione dell'articolo 21 nonies della legge numero 241/1990 e s.m.i., violazione e falsa applicazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, eccesso di potere per mancanza dei presupposti, sviamento di potere, difetto di motivazione;

I lavori sono stati consegnati con urgenza e procedono celermente, per cui l'illegittimo subentro della seconda classificata si risolverebbe in un dispendio di tempo e risorse. Inoltre l'articolo 21 novies della legge numero 241/1990 subordina l'esercizio dell'autotutela alla necessità di un concorrente ed

inderogabile interesse pubblico. Il provvedimento impugnato non motiva sulla ponderazione e graduazione degli interessi in gioco né illustra sulla base di quali valutazioni sia pervenuto alla determinazione impugnata.

Sulla base di tali ragioni instava per la sospensiva dell'atto impugnato e per l'accoglimento del ricorso e della relativa domanda incidentale di ammissione a sostituire l'impresa ausiliaria interdetta.

Con memoria depositata il 4.11.2011 si costituiva il Comune intimato opponendosi al ricorso sul presupposto della inesistenza di una norma che consenta, dopo l'aggiudicazione, il subentro di un terzo nel contratto di avvalimento, ed insistendo sulla inapplicabilità della normativa invocata dalla ricorrente che troverebbe applicazione nella fase contrattuale e non anche nella fase precontrattuale, ove opera con maggiore rigore il principio della immutabilità soggettiva dei concorrenti in osservanza della par condicio. Instava quindi per il rigetto del ricorso con vittoria di spese processuali.

Alla camera di consiglio del 9.11.2011 fissata per la definizione della istanza cautelare, la causa, previo avviso alle parti, è stata introitata in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a. .

## DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va respinto, secondo quanto di seguito argomentato.

Nel presente giudizio si controverte in ordine alla legittimità della determinazione n. 710 del 4.08.2011 con cui il Comune di Capua annullava il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente Effezeta s.r.l. dell'appalto dei lavori per il "Recupero urbano di zona P.ta Napoli-Intervento n.4 – Lavori di messa in sicurezza, risanamento e recupero capannone in via Mariano".

Il provvedimento gravato risulta adottato ai sensi dell'art. 10 comma 2 del d.P.R. n. 252/1998, poiché, all'esito della verifica dei requisiti di ordine generale, la impresa ausiliaria Prisma Costruzioni s.r.l. di cui l'aggiudicataria, in sede di gara, aveva dichiarato di avvalersi ai sensi dell'articolo 49 d.lgs. n.

163/2006, era risultata colpita da provvedimento interdittivo antimafia della Prefettura di Caserta emesso in data 8.03.2011, ad aggiudicazione definitiva già avvenuta, e comunicato alla stazione appaltante giusta nota n. 307/12B.16/ANT/AREA in data 21.04.2011 ed acquisita al protocollo dell'ente in data 11.05.2011 al n. 7391.

Poiché il detto provvedimento interdittivo a carico della impresa ausiliaria Prisma Costruzioni s.r.l (da quest'ultima impugnato con separato ricorso in corso di definizione innanzi a questo Tribunale -sez. I- n.1931/2011) era intervenuto nella fase della procedura che precedeva la stipula del contratto, l'amministrazione intimata ha fatto applicazione nella specie dell'art. 10 comma 2 del d.P.R. n. 252/1998 a tenore del quale: "Quando, a seguito delle verifiche disposte dal prefetto, emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, le amministrazioni cui sono fornite le relative informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni".

L'amministrazione intimata, inoltre, rifacendosi all'orientamento giurisprudenziale di cui alla sentenza T.a.r. Campania sez. VIII n. 761/2011, richiamava la natura cogente della normativa predetta in quanto finalizzata a perseguire un'esigenza di tutela dell'ordine pubblico, secondo una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata.

1.1 Tanto premesso, con un primo ordine di censure, la società ricorrente contesta in radice l'applicabilità della normativa in questione nei confronti della impresa ausiliaria, dal momento che l'avvalimento ha ad oggetto la sola prestazione dei requisiti oggettivi attinenti l'idoneità finanziaria, organizzativa operativa, e l'applicazione dell'istituto non comporta per l'aggiudicataria alcun mutamento di rapporto con l'amministrazione, né le fa perdere la sua originaria natura monosoggettiva. Di qui consegue, a parere della ricorrente, che l'annullamento dell'aggiudicazione si risolverebbe in un'illegittima ed

inammissibile estensione degli effetti del provvedimento interdittivo nei confronti della ricorrente, la cui compagine sociale è del tutto estranea a quella della impresa ausiliaria di cui ha dichiarato di avvalersi.

Ritiene il Collegio che l'assunta e discutibile posizione di terzietà dell'impresa ausiliaria rispetto alla stazione appaltante non può costituire in nessun caso valido motivo a sostegno della inapplicabilità, nei confronti della medesima, della normativa di rango superiore e di ordine pubblico, posta a presidio della affidabilità morale e professionale degli operatori economici operanti nell'ambito dei rapporti di evidenza pubblica.

In senso contrario alla prospettazione di parte ricorrente depone, innanzitutto, il dato testuale normativo ricavabile direttamente dalla disciplina dell'avvalimento, contenuta nell'articolo 49 del codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006.

Ivi la norma è chiara nel richiedere all'impresa ausiliaria di documentare, in sede di gara, il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 attraverso la allegazione di una dichiarazione sottoscritta da parte della stessa impresa ausiliaria come indicato al comma 1 lett c). E tra i requisiti generali di cui all'art. 38 cit. ricorre, alla lett.m), l'indicazione, quale causa di esclusione e di divieto alla stipula del contratto, dei soggetti "nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248".

Ancora, l'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 al comma 5 stabilisce espressamente che gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

1.2 Tale essendo il chiaro dettato normativo, non può sostenersi che la mancanza del possesso di uno dei requisiti generali di cui all'art. 38 da parte della impresa ausiliaria non riverberi i suoi effetti altresì nei confronti della impresa aggiudicataria, dal momento che il comma 3 dell'art. 49 cit., nel sanzionare le dichiarazioni rese dall'ausiliaria, sancisce espressamente l'esclusione del "concorrente" nel caso di dichiarazione mendaci.

A sua volta l'art. 10 del d.P.R. n. 252 - di cui il provvedimento impugnato costituisce applicazione - riferisce l'esito delle verifiche prefettizie alle imprese c.d. "interessate" così ampliando la platea dei possibili destinatari delle informative antimafia preclusive della stipula del contratto, anche oltre l'ambito dei soggetti risultati aggiudicatari.

Premesso che possono costituire oggetto di avvalimento esclusivamente i requisiti "oggettivi" di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, ciò non esime l'impresa avvalente dalla dimostrazione del possesso, anche da parte dell'impresa ausiliaria, dei requisiti generali di cui all'art. 38 cit..

Ciò risponde, ad avviso del Collegio, ad un principio di ordine generale rinvenibile nella normativa sull'evidenza pubblica che, pur nelle rilevanti trasformazioni intervenute con riferimento all'ampliamento della sfera soggettiva dei potenziali concorrenti, è restata tuttavia connotata dal rilievo dell' "intuitus personae" in quelle disposizioni che impongono di garantire la serietà e l'affidabilità morale dei soggetti che, a vario titolo, debbano intrattenere rapporti economici con l'amministrazione pubblica.

Tali disposizioni, ad avviso del Collegio, devono essere rese coerenti e non possono ritenersi derogate da quegli istituti di recente introduzione che, al pari dell'avvalimento, consentono ai soggetti interessati di ricorrere a nuovi moduli organizzativi, con l'utilizzo di nuove figure di intermediazione collaborativa e strutturale.

Ove si tratti di assicurare e garantire la serietà ed affidabilità morale dell'operatore economico che sia coinvolto a vario titolo in ambiti di evidenza



pubblica, i requisiti generali sono comunque richiesti anche rispetto ai soggetti “indirettamente” interessati dal contratto di evidenza pubblica (come nell’avvalimento e nel subappalto ) nonché nei casi in cui in via eccezionale si ammetta una modifica soggettiva del concorrente (cfr art. 51 del d.lgs. 163 cit. per il caso di vicende soggettive del candidato offerente e aggiudicatario, art. 37 comma 18 del d.lgs. 163/2006 per le r.t.i) .

In tal senso depone peraltro il testo dell’articolo 45 paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/Ce che riferisce le cause di esclusione dalla partecipazione all’appalto ad “ogni operatore economico” che si trovi in una delle situazioni annoverate dalla lettera a) alla lettera g) del paragrafo medesimo. L’uso della parola operatore economico, anzichè concorrente, contribuisce a corroborare quanto innanzi affermato, ossia che la norma debba intendersi riferita anche all’impresa ausiliaria, quale soggetto che partecipa, seppure indirettamente, all’appalto.

La personalità degli elementi strettamente correlati al soggetto, alla sua idoneità morale, alla sua situazione personale, alla sua legittimazione a porsi come contraente della stazione appaltante, impone che essi debbano essere posseduti non solo dal concorrente, ma anche dall’ausiliaria proprio in virtù del rapporto di collaborazione con essa esistente.

Pertanto deve ritenersi imprescindibile il possesso dei predetti requisiti di ordine personale/soggettivo, ivi compreso quello antimafia, in capo all’impresa ausiliaria, in quanto essa, concorrendo alla qualificazione del concorrente, assume, comunque un ruolo decisivo per far conseguire una posizione giuridicamente rilevante e differenziata verso la stazione appaltante, posizione dalla quale derivano in caso di aggiudicazione anche diritti di ordine economico e patrimoniale.

1.3 Di qui l’irrilevanza, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, dell’ipotizzata posizione di terzietà della impresa ausiliaria in quanto priva della qualifica di concorrente alla gara ed estranea alla compagine sociale della impresa aggiudicataria.

Posizione di terzietà che non può comunque costituire un dato acquisito (cfr. contra T.a.r. Valle d'Aosta, sez. I, 14.07.2010 n. 52; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 8 novembre 2007, n. 10990) se sol si consideri il rilievo della responsabilità solidale che grava ex lege, a carico dell'impresa ausiliaria in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, ai sensi del comma 4 dell'articolo 49 d.lgs. n. 163, e quindi l'esistenza di una obbligazione diretta della stessa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Questo Tribunale ha in precedenza osservato al riguardo che: “Nelle gare di appalto, in tema di avvalimento, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata, ma anche verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. In tali ipotesi, quindi, l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un'obbligazione accessoria, dipendente rispetto a quella principale del concorrente, e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti” (T.a.r Campania sez. VIII, 16.12.2010 n. 27551 in senso conforme a C.d.S. sez. VI, 13.05.2010 n. 2956).

2. Con un secondo ordine di censure la società ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di annullamento impugnato laddove il Comune, nel respingere la richiesta di archiviazione del procedimento di annullamento, negava altresì la sussistenza dei presupposti per applicare l'articolo 37 comma 19 del d.lgs. n. 163/2006 per consentire alla ricorrente di sostituire l'impresa ausiliaria, la Prisma Costruzioni s.r.l. , con la quale nelle more, e precisamente in data 17.06.2011, aveva risolto il contratto di avvalimento, impegnandosi altresì a stipulare, nel più breve tempo possibile, un nuovo contratto di avvalimento con una società dotata delle stesse categorie possedute dalla Prisma Costruzioni s.r.l. .

Parte ricorrente, con la istanza inoltrata in data 24.06.2011 in seguito alla comunicazione di avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione, ha invocato sostanzialmente l'applicazione estensiva - anche al caso di avvalimento - della facoltà prevista in favore del mandatario, anche per il caso di interdittiva antimafia a carico della mandante, nel caso di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti dall'articolo 37 comma 19 del d.lgs. n. 163/2006, "di indicare altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità". Il comma 19 cit., infatti, per il caso in cui l'evento ivi previsto, inclusi i "casi previsti dalla normativa antimafia" colpisca il mandante, stabilisce che il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione direttamente o a mezzo degli altri mandanti purchè questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire"

A sua volta il comma 18 dell'art. 37 cit, per il caso in cui l'interdittiva, o gli altri eventi ivi previsti, colpiscano il mandatario, riconosce alla stazione appaltante la facoltà di proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal codice, purchè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire.

Circa la ratio delle predette disposizioni si è chiarito nella pronuncia Tar Campania Napoli sez. I n. 1177/2010 richiamata in atti, che la disposizione in questione: "risponde all'esigenza di garantire gli operatori economici che partecipano a gare pubbliche in formazione soggettivamente complessa dagli eventi che possono colpire gli altri componenti del raggruppamento, minimizzando i rischi di perdita della commessa pubblica aggiudicata. In questa prospettiva la distinzione fra gli eventi che colpiscono la mandataria (comma 18) e quelli che colpiscono la mandante (comma 19) risiede nella circostanza che, in caso di fallimento (o informativa antimafia sfavorevole) della mandante, la mandataria resta obbligata all'esecuzione della prestazione; e per provvedere a tale impegno può, secondo una disposizione chiaramente

eccezionale, sostituire il membro colpito con un altro soggetto parimenti idoneo, anche esterno alla originaria composizione partecipante alla gara. Il mantenimento della responsabilità della buona esecuzione dell'appalto in capo alla mandataria è bilanciato dalla possibilità di sostituire la mandante divenuta incapace con altro soggetto che ne possieda i requisiti ovvero dalla stessa mandataria in proprio (o dalle residue mandanti in proprio), laddove posseggano i requisiti necessari per l'esecuzione della prestazione aggiudicata. Diversamente, in caso di fallimento (o altro evento causativo di incapacità a contrarre) della mandataria, il meccanismo sopra descritto non può operare, poiché è venuto meno proprio il soggetto che ha la responsabilità generale e solidale della buona esecuzione dell'appalto; per questa ragione la norma, nel distinguere le due ipotesi, prevede che solo se sussista la condizione secondo cui la mandante (o le mandanti) abbia di per sé tutti i requisiti necessari è possibile la prosecuzione del rapporto (l'uso del verbo "può" non va inteso in accezione facultizzante per la stazione appaltante, ma esprime solo una eventualità – il possesso di tutti i requisiti in capo alla mandante – che potrebbe non verificarsi in concreto " (cfr. C.d.S., comm. sp., 22.1.2008 n. 4575).

2.1 Ciò premesso, l'amministrazione intimata ha respinto la richiesta di sostituzione dell'impresa ausiliaria ritenendo inapplicabile la normativa invocata alla fattispecie, dal momento che la norma si riferisce al caso di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti e non ad una ipotesi di avvalimento, ed ha altresì precisato che la pronuncia di cui al Ta.r. Campania sez. I n. 1177 del 26.02.2010 invocata a sostegno della richiesta di sostituzione, riguardava un'ipotesi di risoluzione contrattuale mentre nella specie si verte nella "fase precontrattuale".

La motivazione addotta dalla amministrazione a sostegno del diniego di sostituzione trova condivisione da parte del Collegio.

2.2 Devesi innanzitutto convenire, conformemente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, circa la natura senza dubbio eccezionale e derogatoria

dell'articolo 37 commi 18 e 19 in esame che non ne consente alcuna applicazione al di fuori dei casi e dei limiti ivi consentiti, in conformità al dettato di cui all'art. 14 disp. prel c.c. a tenore del quale le norme "che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati".

2.3 Alle stesse conclusioni deve pervenirsi con riferimento alla natura eccezionale e derogatoria dell'art. 12 del regolamento di cui al d.p.r. n. 252/1998 , anch'esso richiamato in ricorso, che , per il caso di associazioni o raggruppamenti temporanei di impresa e per i consorzi non obbligatori , stabilisce, al comma 1, che se una delle situazioni di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 10 comma 7 "interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e quelle di divieto di cui all'art. 4, comma 6, del decreto legislativo n. 490 del 1994, non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori".

La stessa norma stabilisce ancora che "la sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori".

La predetta disciplina è applicabile, quindi, sia anteriormente che successivamente alla stipulazione del contratto ed il suo ambito di operatività è stato definito dalla giurisprudenza, come per l'articolo 37 comma 19 d.lgs. 163 cit., con riferimento ai casi in cui, come nella specie, l'informativa sia intervenuta dopo l'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20.06.2011 n. 3697).

Tuttavia, la possibilità di estromissione o di sostituzione, disciplinata dall'art. 12 d.p.r. n. 252 cit. per la fase che precede la stipula del contratto, ha un più

ristretto ambito di applicazione rispetto a quella prevista dall'art. 37 sopra citato, in quanto:

a) presuppone espressamente che la sostituzione avvenga nei confronti di un soggetto che “partecipi ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese” (cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2010 n. 7345);

b) consente il subentro nella posizione delle sole imprese mandanti.

2. 4 Nel caso in esame avente ad oggetto la diversa fattispecie dell'avvalimento, non ricorrono le condizioni legittimanti l'applicazione del beneficio in parola atteso che la sostituzione riguarda un'impresa ausiliaria, , che non è legata alla impresa aggiudicataria da un vincolo di mandato come nel rapporto di cui al precedente punto a).

Nè vi è spazio per un'interpretazione analogica dell'art. 12 del d.P.R. n. 252 cit., perché, come più volte ribadito, quest'ultimo reca una norma di carattere speciale e derogatorio del principio di immodificabilità soggettiva del partecipante alle gare ad evidenza pubblica.

Come noto, nella materia in esame, il principio di immodificabilità dell'offerta vige ed è cogente, sia con riferimento alla figura soggettiva dei partecipanti alla gara sia con riguardo agli elementi oggettivi essenziali dell'offerta presentata.

L'offerta, anche in osservanza al principio della par condicio dei concorrenti, è e deve restare cristallizzata con riferimento a quanto documentato all'atto della sua presentazione, dal momento che oltre quel limite e fino alla stipula del contratto opera il principio della invariabilità . Ove si riconoscesse alla società ricorrente, nella fase che precede la stipula del contratto, la facoltà di sostituzione della impresa ausiliaria, le si consentirebbe di introdurre nell'offerta un elemento modificativo di discontinuità rispetto all'assetto cristallizzato in fase di gara, al di fuori dei casi in cui ciò è espressamente consentito dalla legge.

L'inserimento di un nuovo contratto di avvalimento stipulato, a gara già espletata, con un'impresa terza che non ha partecipato alla procedura violerebbe il principio della par condicio dei concorrenti (cfr C.d. S. sez. IV 20.11.2008 n.5742; C.d.S. sez. VI 4.05.2009 n. 2785; C.d.S. sez. V 19.09.2011 n. 5279; C.d.S. sez. VI ord. n. 351/2011).

2.5 L'operazione ermeneutica richiesta non può trovare una logica giustificazione nemmeno prospettando, come richiesto, un'interpretazione "estensiva" pure ammissibile in linea generale per le norme di natura eccezionale attraverso: "un'operazione logica diretta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma, che permette di determinare il suo esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale, e di identificare l'effettivo valore semantico della disposizione, tenendo conto dell'intenzione del legislatore, e quindi estendere la regula iuris ai casi non espressamente previsti dalla norma, ma dalla stessa implicitamente considerati" (cfr Cass. civ. sez. I, 26.08.2005 n.17396).

Ed infatti, posto che la ratio legis della disposizione eccezionale in parola risiede nella tutela della libertà di iniziativa economica delle imprese in forma associata (C.d.S. sez. V n.7345/2010), estendendone la portata ad un'ipotesi diversa da quella espressamente tipizzata dal legislatore, non sarebbe comprensibile la ragione per cui, nel bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, debba attribuirsi prevalenza alla tutela della libertà di impresa rispetto al principio, senza dubbio di rango prioritario nella materia de qua, della par condicio dei concorrenti.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Quanto alle spese giudiziali, ricorrono giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti, avuto riguardo alla complessità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2011

IL SEGRETARIO

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