



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 305 del 2013, proposto da:

Ingg. Paolo e Mario Cosenza S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. e Forte Costruzione e Restauri S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avv.ti Giuseppe Russo e Barbara Del Duca, con i quali domiciliario, ex lege, presso la Segreteria di questa Sezione in Latina, via A. Doria, 4;

contro

I.P.A.B. SS. Annunziata, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Camillo Padula, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Samanta Barbabella in Latina, via Duca del Mare, 24;

nei confronti di

SACEN S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Colalillo e Alfredo Zaza d'Aulizio, con i quali domicilia, ex lege, presso la Segreteria di questa Sezione in Latina, via A. Doria, 4;

per l'annullamento

- dei verbali di gara del 22/10/2012, 19/11/2012, 31/01/2013 e 13/02/2013 nella parte in cui dispongono l'ammissione della srl SACEN alla competizione di gara; del decreto n. 7 del 02/03/2013 di approvazione verbali di gara ed aggiudicazione definitiva dei lavori alla ditta SACEN srl;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.P.A.B. Ss. Annunziata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla Sacen Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il dott. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione n. 52 datata 11 luglio 2011 l'Ipab S.s. Annunziata approvava un progetto preliminare generale, relativo ai lavori di riqualificazione del complesso di Sant'Erasmus (già colonia Di Donato) nel comune di Formia, per la realizzazione di un Centro polivalente a servizio degli emigrati laziali.

Successivamente, con deliberazione n. 32 datata 3 aprile 2012, il medesimo Istituto aveva approvato gli esiti della conferenza dei servizi, il progetto, il bando ed il disciplinare di gara.

L'appalto, aveva ad oggetto la progettazione esecutiva, esecuzione dei lavori di "riqualificazione del complesso Sant'Erasmus per la realizzazione di un polo per la cultura e la memoria di migranti, nonché per l'ospitalità del Comune di Formia", in attuazione al visto progetto preliminare, approvato dall'ente committente, previa acquisizione in sede di gara del progetto definitivo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 53, comma 2, lett. c), del decreto legislativo 163 /2006 (importo a base d'appalto: € 2.838.011,54; criterio di aggiudicazione: all'offerta economicamente più vantaggiosa).

La gara, alla quale avevano partecipato quattro concorrenti e precisamente: Sacen s.r.l., Ingg. Mario e Paolo Cosenza – S.r.l., " Saem Smc" – S.r.l. e Mazzetti S.r.l (non inserita in graduatoria), si è conclusa con l'aggiudicazione alla Sacen s.r.l.(con punteggio pari a 83,860), che ha preceduto, nell'ordine, la ditta Ingg. Mario e Paolo Cosenza.(con punteggio pari a 80,788); e " Saem Smc" – S.r.l. (con punteggio pari a 73,344).

Contro tale esito la società Ingg. Mario e Paolo Cosenza, nonché la mandante Forte Costruzioni e Restauri S.r.l. (seconda classificata) hanno proposto il presente ricorso, formulando censure di violazione di legge e di eccesso di potere, miranti all'esclusione dalla gara della aggiudicataria Sacen s.r.l., che la precedeva in graduatoria.

Ad avviso della ricorrente, l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla procedura di gara, in quanto non avrebbe prodotto le previste dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 38 lett. b) e c) del decreto legislativo 163/2006.

Soggiunge la società istante che tali dichiarazioni dovevano essere presentate da ciascuno dei professionisti appartenenti allo studio associato Emmepiquadroesse (capogruppo), facente parte del R.T.P. indicato dalla controinteressata per l'esecuzione della prestazione dell'attività di progettazione.

Per resistere al gravame si sono costituiti in giudizio l'Ipab S.s. e la società Sacen s.r.l.; quest'ultima ha altresì proposto ricorso incidentale, mirante all'esclusione dalla procedura concorsuale della ricorrente principale.

Nella camera di consiglio del 9 maggio 2013 la Sezione, con ordinanza n. 170, nell'accogliere la proposta domanda incidentale di sospensione, ha disposto la fissazione, per la trattazione della causa nel merito, della pubblica udienza del 7 novembre 2013, in vista della quale le parti hanno depositato memorie e repliche.

Alla predetta udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, il Collegio ritiene di aderire alla ricostruzione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale delineata dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, in particolare lì dove questa ha osservato che, pur dovendosi esaminare prioritariamente il ricorso incidentale finalizzato a contestare la legittimazione del ricorrente principale, deve invece ammettersi l'esame prioritario del ricorso principale, per ragioni di economia processuale, laddove sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità od improcedibilità.

Nel caso in esame, infatti, il ricorso principale è infondato con riferimento ai motivi di doglianza denunciati.

Sempre in via preliminare, il Collegio può prescindere dall'esame delle eccezioni d'irricevibilità del ricorso per tardività e di inammissibilità per carenza d'interesse, sollevate rispettivamente dalla SACEN – S.r.l. e dalla I.P.A.B., attesa l'infondatezza del ricorso nel merito.

Con il primo motivo del ricorso introduttivo, le istanti lamentano la violazione del punto 4 del disciplinare di gara, nonché dell'articolo 38 del decreto legislativo 163/2006, sul rilievo della mancata esclusione dalla gara della

SACEN – S.r.l, non avendo la stessa prodotto le dichiarazioni sostitutive in ordine all' insussistenza delle cause di esclusione di cui alla citata normativa

Più in particolare, la parte ricorrente si duole che non tutti i professionisti, appartenenti allo Studio associato Emmepiquadroesse, facente parte – ad avviso della deducente - del R.T.P., (indicato per l'adempimento della prestazione dell'attività di progettazione), hanno prodotto dette dichiarazioni; che, invece, avrebbero dovuto essere presentate da ciascuno degli appartenenti al visto Studio.

Secondo le ricorrenti, le ridette dichiarazioni sostitutive sarebbero state, invece, rese solo dall'architetto Marco Pietrosanto, quale socio responsabile della Emmepiquadroesse e, non anche , dagli altri quattro associati del medesimo Studio.

Soggiungono le istanti che ciò era peraltro imposto a pena di esclusione dall'art. 4.3 del disciplinare di gara, là dove stabilisce che le predette dichiarazioni devono essere rese da ciascun progettista e, dunque, in presenza di un'associazione di professionisti, come nel caso in esame, da ciascun associato facente parte della compagine associativa.

La suesposta doglianza è infondata.

Osserva, anzitutto, il Collegio che l'art. 38 del d. Lgs n.163/2006 dispone che: “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale....Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica “anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione”.

E' evidente che la norma stabilisce un principio generale valido per tutti gli appalti pubblici, indipendentemente da una specifica norma di legge o di gara.

Tanto rilevato in via generale, va precisato che, nella fattispecie in esame, la Commissione di gara ha correttamente disposto l'ammissione della ricorrente principale alla gara e l'inserimento della stessa in graduatoria, tenuto conto che la SACEN S.r.l ha dichiarato attraverso il proprio legale rappresentante di partecipare alla gara come impresa singola e che, per la parte relativa alla progettazione, avrebbe fatto riferimento ad un raggruppamento temporaneo di professionisti, tra cui, l'arch. Marco Pietrosanto (capogruppo).

Dalla documentazione prodotta risulta, sufficientemente dimostrato (cfr. domande di partecipazione in atti ed, in particolare, le note del 14.9.2012 prodotte dall'Arch. Marco Pietrosanto), che il nominato professionista ha preso parte alla gara, come professionista *uti singulus*, e non come Studio Emmepiquadroesse.

Rafforza la suesposta conclusione - ossia che solo il nominato professionista sia stato offerente in proprio alla gara - anche il tenore della dichiarazione presentata anche dagli altri partecipanti, del quale si desume univocamente che gli stessi intendono partecipare al pubblico incanto per i lavori oggetto della gara come “costituendo R.T.P. In una delle dichiarazioni si legge invero che ...a) l'architetto Marco Pietrosanto... Associato dello studio associato Emmepiquadroesse (MP2S) assume il ruolo di professionista, capogruppo responsabile di progetto architettonico.

Emerge inoltre dalla documentazione stessa che la SACEN, in persona del suo legale rappresentante, partecipava alla gara come “impresa singola” e che:.... “per la parte relativa alla progettazione avrebbe inteso fare riferimento non ad uno studio”, bensì al seguente gruppo di progettisti e, precisamente:

- Arch. Marco Pietrosanto - Ruolo: Progetto Architettonico;
- Ing. Antonio Cardillo — Ruolo: Progetto Strutture;
- Ing. Giancarlo Macali — Ruolo: Progetto Impianti Termico, Idrico Sanitario ed Elettrico;
- Geom. Luciano Mancini — Ruolo: Progetto Antincendio;
- Arch. Piera Carcassi — Ruolo: giovane professionista.

Irrobustisce ulteriormente tale assunto la circostanza che nessuno dei nominati professionisti, ad eccezione dell'architetto Marco Pietrosanto, risulta associato allo studio MP2S, posto che di tale Studio fanno parte l'architetto Alessandro Micucci per una quota di partecipazione del 30%, l'architetto Roberto Sica, per una quota di partecipazione del 30% e l'architetto Jacopo Perfetti per una quota di partecipazione del 10%.

Il primo motivo deve essere, perciò, respinto.

Anche l'ulteriore profilo di censura relativo alla mancata presentazione degli oneri dichiarativi di cui agli articoli 38 e 48 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), da parte dei progettisti - di cui si sarebbe avvalsa l'impresa aggiudicataria - deve essere respinto.

In proposito, è sufficiente rilevare che, nel caso di specie, trattandosi di appalto integrato, governato dall'articolo 53 del citato decreto n. 163, i soggetti indicati dall'impresa partecipante alla gara, quali esecutori della progettazione, non assumono certamente la veste di concorrenti.

Non vi è, invero, ragione per ritenere che la dichiarazione debba anche essere resa dai progettisti qualificati, di cui intende avvalersi l'impresa partecipante alla gara per l'affidamento di un appalto integrato, poiché tali soggetti non assumono il ruolo di partecipanti alla gara, né di parte contrattuale e non entrano, in conseguenza, in rapporti diretti con l'Amministrazione appaltante, ma solo con l'impresa che si avvale delle loro prestazioni.

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ha avuto modo di precisare che:... In materia di appalti pubblici, secondo l'articolo 53, comma tre, del decreto legislativo 163, nel caso in cui l'operatore economico concorrente, non possiede i requisiti prescritti per i progettisti può alternativamente presentarsi in gara in raggruppamento con progettisti qualificati; ovvero avvalersi delle prestazioni di progettisti in possesso dei requisiti richiesti dal bando, in questa seconda ipotesi, i progettisti (indicati nell'offerta) non assumono la qualifica di concorrenti; e quindi non possono essere assoggettate agli obblighi dichiarativo e imposti agli operatori economici che partecipano alla gara (TAR Sardegna, sez.I del 9 gennaio 2013 n.. 5).

Analogamente:... “nell'appalto integrato di cui all'articolo 53 lettera b) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, avente ad oggetto sia la realizzazione del progetto esecutivo che l'esecuzione di lavori, i progettisti non assumono la qualità di concorrenti e, in caso di eventuale aggiudicazione, di titolari del rapporto contrattuale con l'amministrazione appaltante, trattandosi di semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara” (Consiglio di Stato sezione V 13 ottobre 2010, n. 7471).

In piena sintonia con la prospettata soluzione risulta anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, che ricollega l'esclusione...”alle sole ipotesi di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente, essendo in possesso dei requisiti previsti, non consegua alcun vantaggio in termini competitivi”.

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche vanno reputate dunque del tutto infondate le contestazioni riguardanti l'asserita formale assenza delle prescritte dichiarazioni da parte di quei soggetti allegatamente tenuti a presentarle. Ciò vale, con particolare riferimento, alla figura dei progettisti indicati dalla concorrente, rispetto ai quali nessuno specifico obbligo dichiarativo era loro.

In ogni caso, quand'anche si volesse aderire al diverso orientamento giurisprudenziale che richiede la presentazione della dichiarazione - anche da parte dei progettisti - il Collegio ritiene di uniformarsi a quanto precisato dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011, a. 1795) orientata nel senso della ...”doverosità della

effettuazione di una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative” (in particolare Cons. St. Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829; Sez. VI 4 agosto 2009, n. 4906, 22 febbraio 2010, n. 1017), nella considerazione che il primo comma dell’art. 38 del D. Lgs n. 163/2006, ricollega l’esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati; laddove, il successivo comma, non prevede analoga sanzione per l’ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l’insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall’art. 38 citato comporta, *ope legis*, l’effetto espulsivo”.

Lo stesso orientamento, tuttavia, precisa che: “quando, invece, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la “lex specialis” non preveda espressamente la pena dell’esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull’oggetto delle dichiarazioni da fornire, l’omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un’ipotesi di “falso innocuo”, come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l’esclusione, le cui ipotesi sono tassative” (sent. cit. Cfr, anche, Cons. St., 22.2.2010 n. 1017).

Anche il secondo motivo è dunque infondato.

Con ulteriore motivo la ricorrente lamenta l’illegittimità della mancata esclusione dalla gara della SACEN, sul rilievo che, il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, avrebbe prodotto una relazione geologica affidata ad un terzo.

Più precisamente tale affidamento avrebbe configurato - ad avviso delle ricorrenti - un’ipotesi di subappalto, per altro vietata dall’articolo 91, comma 3 del d. lgs 12 aprile 2006, n. 163.

Anche tale motivo deve essere disatteso, per la semplice ragione che l’incarico conferito al professionista esterno per la predisposizione della relazione geologica deve essere qualificato, come puntualmente rilevato dalla difesa del contro interessato, come “contratto d’opera intellettuale”, certamente ammissibile e, non già, come contratto di (sub) appalto, vietato.

Del resto il bando prescriveva essenzialmente l’imprescindibile partecipazione di un geologo alla prestazione del servizio, senza peraltro vincolare le modalità di partecipazione dello stesso.

In altri termini, la circostanza che il bando fosse aperto a singoli professionisti individualmente qualificati per il pregresso svolgimento di attività di progettazione, non implica necessariamente la diretta partecipazione dell’architetto, con subappalto della prestazione geologica.

Ed invero non può, ad esempio, escludersi, che lo stesso soggetto cumuli il titolo di architetto o ingegnere con quello di geologo e, come tale, partecipi direttamente quale persona fisica;

E’ ovvio, poi, ma ciò da un punto di vista tecnico-economico e non certo giuridico, che il peso specifico della prestazione del geologo è inferiore a quello dei progettisti nell’ambito dell’unitaria complessità dell’opera; ciò è dato dalla natura dell’opera e non da una indebita discriminazione a carico dei geologi derivante dal bando e potrà portare verosimilmente ad identificare l’organizzatore del complesso delle prestazioni più facilmente nel professionista maggiormente implicato nelle medesime.

La censura deve essere dunque respinta.

Alla stregua delle svolte considerazioni, anche l’ultimo motivo, deve essere respinto, posto che nell’appalto integrato, i professionisti indicati dall’impresa partecipante alla gara, non assumono la veste di concorrenti. Ne consegue che, rispetto agli stessi, non si pongono, come detto, obblighi relativi al possesso dei requisiti di gara che gravano, invece, sui soli partecipanti.

In conclusione il ricorso principale deve essere respinto; mentre, il ricorso incidentale proposto dalla Sacen – S.r.l deve essere dichiarato improcedibile.

La natura e la complessità delle questioni esaminate costituiscono giusto motivo per disporre la compensazione, tra

le parti, delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe indicato, così provvede: a) respinge il ricorso introduttivo proposto dalla parte ricorrente; b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2013

IL SEGRETARIO

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