



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 per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3537 del 2011, proposto da:
Impresa Costruzioni Rosso Geom. Francesco & Figli s.p.a.,
Morganti Impresa di Costruzioni s.p.a., Enrico Colombo s.p.a., AT
s.r.l., ciascuna in persona del proprio legale rappresentante pro
tempore, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Bruna Lazzerini e
Nicola Bassi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in
Milano via Mozart n. 9;

contro

Milano Sport s.p.a. Unipersonale, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.
Francesco Versaci, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano,
via Durini n. 5;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento comunicato in data 11.11.2011 con il quale la Commissione di gara ha escluso il costituendo RTI avente come capogruppo mandataria Impresa Costruzioni Rosso Geom. Francesco & Figli s.p.a dalla gara indetta da Milanosport s.p.a. per l'affidamento dell' "Appalto integrato per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di rifacimento della copertura, ampliamento, aumento di capienza ed adeguamento normativo del Palalido di Milano";
 - del verbale di gara datato 03.11.2011;
 - del provvedimento comunicato in data 02.12.2011 con cui la Commissione di gara ha valutato negativamente l'istanza di riammissione presentata dal costituendo RTI avente come capogruppo mandataria la società Impresa Costruzioni Rosso Geom. Francesco & Figli s.p.a.;
 - del verbale di gara datato 28.11.2011;
 - del diniego tacito di autotutela sull'istanza di riammissione del 24.11.2011;
 - del bando di gara spedito alla G.U.U.E. in data 27.07.2011 e del relativo disciplinare di gara ed in particolare dei punti Pj lettera a) e Pm;
 - di tutti gli atti ad essi presupposti, consequenziali o comunque connessi;
- nonché per la condanna al risarcimento del danno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Milano Sport Spa Unipersonale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2012 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società ricorrenti impugnano gli atti indicati in epigrafe, deducendone la nullità e la illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, eccependo l'infondatezza del ricorso avversario e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza depositata in data 20.01.2012, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

All'udienza del 27.04.2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando di gara spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. in data 27 luglio 2011 e pubblicato nella G.U.R.I. il 3 agosto 2011, la società Milano Sport s.p.a. Unipersonale indiceva una gara per l'aggiudicazione dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di rifacimento della copertura, ampliamento, aumento di capienza ed adeguamento normativo del Palalido di

Milano.

Alla gara partecipava il costituendo R.T.I. formato da Impresa Costruzioni Rosso Geom. Francesco & Figli s.p.a. (mandataria), Morganti Impresa di Costruzioni s.p.a. (mandante), Enrico Colombo s.p.a. (mandante), AT s.r.l. (mandante).

Durante la seduta di gara del 03.11.2011, la Commissione giudicatrice disponeva l'esclusione del R.T.I. ora indicato, evidenziando due profili ostativi alla partecipazione alla gara: a) "assenza della dichiarazione di impegno ad eseguire la progettazione nei tempi e nei modi indicati nel capitolato speciale di appalto, prevista a pena di esclusione dalla lett. Pj) del disciplinare di gara, dell'esecutore del servizio di progettazione "ing. Gianluigi Santinello" della One Works s.p.a. ... indicata dal concorrente per il servizio dell'appalto"; b) "dalla documentazione prodotta dalla Romeo Safety Italia srl, società indicata per l'affidamento del servizio, risulta assente l'individuazione del Direttore Tecnico ai fini della verifica dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1 lett. b) e c), del d.l.vo 163/2006".

2) Con il primo motivo le ricorrenti censurano la clausola Pj lett. a) del bando di gara, cui si correla la prima ragione di esclusione evidenziata dall'amministrazione, lamentandone il contrasto con l'art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006 n. 163.

La censura è fondata.

Il paragrafo P) del bando disciplina i "requisiti del progettista" e alla

lettera Pj) prevede che “Le persone fisiche esecutrici del servizio di progettazione indicate dagli studi associati, dalle società di ingegneria, dalle società di professionisti, dai consorzi, dalle consorziate da essi indicate dovranno presentare, pena l’esclusione, dichiarazione resa ai sensi del DPR 445/2000 dalla quale risulti: a) l’impegno ad eseguire la prestazione nei tempi e nei modi indicati dal Capitolato Speciale d’Appalto; ...”.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha considerato come ragione di esclusione la mancata presentazione della dichiarazione appena indicata da parte dell’ing. Gianluigi Santinello, appartenente alla società della One Works s.p.a., mandataria del raggruppamento individuato dalla ricorrenti ai fini della progettazione.

Si tratta di stabilire se la richiamata previsione escludente del bando sia coerente con i contenuti dell’art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006 n. 163, che ha codificato il principio della tassatività delle clausole di esclusione.

L’art. 46, comma 1 bis - comma aggiunto dal n. 2) della lettera d) del comma 2 dell’art. 4, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13 maggio 2011, n. 110, entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione ai sensi dell’art. 12 del decreto medesimo e, pertanto, da applicare al caso di specie, attesa la pubblicazione del bando di gara nella G.U.R.I. dopo l’entrata in vigore della novella – dispone che “La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento

alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

La norma sottende la finalità di delimitare i poteri valutativi della stazione appaltante, rendendo tassative le cause di esclusione, che vengono correlate solo a determinate situazioni e sanziona con la nullità le clausole della *lex specialis* che individuano ulteriori ragioni escludenti.

La previsione del bando, secondo cui le persone fisiche esecutrici del servizio di progettazione devono assumere direttamente l'impegno ad eseguire la prestazione nei tempi e nei modi indicati dalla *lex specialis*, non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi di esclusione tassativamente delineate dal comma 1 bis dell'art. 46 del codice degli appalti.

Difatti, tale prescrizione di gara non riflette lo specifico contenuto di disposizioni del codice, del relativo regolamento di esecuzione o di altre norme di legge che prevedano espressamente l'assunzione di un

simile impegno come condizione di partecipazione alla gara, né si riferisce ad un profilo incidente su un elemento essenziale dell'appalto.

Non è condivisibile la tesi sostenuta dalla stazione appaltante secondo la quale la clausola censurata troverebbe copertura nella previsione dell'art. 90, comma 7, del codice degli appalti, ove, in relazione alla progettazione per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, si stabilisce che, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, "personalmente responsabili e nominativamente indicati" già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali.

La norma ora citata impone la responsabilità personale del professionista che materialmente redige il progetto, ma tale previsione, che rafforza la posizione della stazione appaltante, non è subordinata alla sottoscrizione da parte del progettista dell'impegno ad eseguire l'incarico secondo le previsioni tecniche della lex specialis.

Quest'ulteriore impegno non è codificato perché è del tutto superfluo e si traduce in un elemento meramente formalistico, che non riveste alcuna utilità sostanziale per la stazione appaltante e appesantisce inutilmente gli oneri imposti ai partecipanti alla gara.

Qualora in sede esecutiva la progettazione venga realizzata dal

soggetto aggiudicatario in modo difforme dal disciplinare, la relativa responsabilità grava non solo sul vincitore della gara, quale controparte contrattuale, ma anche sul progettista in dipendenza del citato art. 90 del codice degli appalti, a prescindere da qualunque dichiarazione di impegno rilasciata da quest'ultimo.

Ne consegue che la clausola del bando in contestazione, da un lato, non riflette una specifica previsione normativa del codice degli appalti o del regolamento dettata a pena di esclusione, dall'altro, non è espressiva di profili essenziali dell'appalto da aggiudicare, tant'è che la mancanza della dichiarazione di impegno da parte del professionista non introduce alcuna incertezza sul contenuto dell'offerta tale da legittimare l'esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006 n. 163 (cfr. in ordine alla portata del principio di tassatività introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, si vedano Tar Lazio - Latina, sez. I, 1° dicembre 2011, n. 991; Consiglio di Stato, sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493).

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame, con conseguente dichiarazione di nullità della clausola del bando in contestazione.

La nullità di siffatta clausola rende illegittimo il provvedimento di esclusione, adottato dalla stazione appaltante e oggetto di impugnazione, che ne ha fatto applicazione.

3) Con il secondo motivo le ricorrenti contestano la legittimità dell'ulteriore ragione di esclusione individuata dalla stazione

appaltante nella mancata indicazione, da parte della Romeo Safety Italia s.r.l., del Direttore Tecnico ai fini della verifica dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1 lett. b) e c), del d.l.vo 2006 n. 163.

In particolare, si evidenzia che l'indicazione in questione non era necessaria, perché la società Romeo Safety Italia s.r.l. non dispone di un direttore tecnico, anche in considerazione del fatto che tale società, seppure compone il raggruppamento incaricato della progettazione, assume solo il ruolo di coordinatore della sicurezza in progettazione, senza alcuna attività diretta di progettazione.

La censura è fondata.

L'esclusione muove dall'applicazione del paragrafo B) n. 2 del bando di gara, ove si prevede l'indicazione da parte dei concorrenti, a pena di esclusione, del nome "degli eventuali ... direttori tecnici ... muniti di poteri di rappresentanza".

Dalla formulazione della clausola emerge in modo inequivocabile che l'indicazione del direttore tecnico è prescritta, a pena di esclusione, solo quando il partecipante presenti nella sua struttura organizzativa la figura professionale ora indicata.

A prescindere dal fatto che nel caso di specie l'omessa indicazione non riguarda il concorrente, ma una società appartenente al raggruppamento incaricato della progettazione dal concorrente medesimo, vale evidenziare che in sede di gara la società Romeo Safety Italia s.r.l. ha dichiarato che la figura del direttore tecnico non è compresa nella sua compagine organizzativa, trattandosi di società

che si occupa solo della sicurezza (cfr. doc. 4 di parte ricorrente).

Ne deriva che nella fattispecie di cui si tratta l'esclusione non poteva essere disposta, perché il bando di gara impone la specificazione del nome dell' "eventuale" direttore tecnico, quindi la prescrizione opera solo se tale figura professionale è concretamente presente nell'organizzazione del soggetto preso in esame dalla stazione appaltante.

Neppure è ipotizzabile una diversa interpretazione del bando, poiché, secondo pacifica giurisprudenza, nelle procedure ad evidenza pubblica le clausole di esclusione, poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara, sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la "par condicio" dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (cfr. tra le tante Tar Sicilia - Catania, sez. III, 17 gennaio 2012, n. 130).

Del tutto irrilevante è l'argomentazione sviluppata dalla stazione appaltante in sede difensiva secondo la quale la mancanza del direttore tecnico impedirebbe alla società di espletare incarichi di progettazione in favore dell'amministrazione, in quanto non è questa la ragione dell'esclusione dalla gara e la motivazione del provvedimento di esclusione non è suscettibile di integrazione in

sede processuale, trattandosi di un aspetto del tutto nuovo, mai contestato alle ricorrenti e non di una mera specificazione di profili comunque racchiusi nell'atto di esclusione (cfr. in argomento Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241).

Va pertanto ribadita la fondatezza della censura in esame.

4) Viceversa è infondata la domanda risarcitoria, in quanto dopo la concessione della tutela cautelare non risulta che la gara sia stata aggiudicata, sicché l'effetto conformativo e ripristinatorio che connota la presente decisione vale a collocare le ricorrenti nella stessa condizione in cui erano prima dell'esclusione e non residua alcun pregiudizio suscettibile di ristoro mediante il risarcimento del danno.

5) In definitiva, il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando, accoglie in parte il ricorso e per l'effetto:

- 1) dichiara la nullità della clausola PJ lett. a) del bando di gara;
- 2) annulla il provvedimento di esclusione indicato in epigrafe adottato nei confronti delle ricorrenti;
- 3) respinge la domanda di risarcimento del danno;
- 4) condanna la parte resistente al pagamento delle spese processuali

in favore delle ricorrenti che liquida in Euro 3.000,00 (tremila), oltre rimborso C.U., I.V.A. e C.P.A..

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2012

IL SEGRETARIO

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