

E' legittimo che , nella fase iniziale di ammissione, l'ente pubblico acquisisca una dichiarazione unica dell'impresa per la totalità delle persone fisiche interessate, salva la verifica finale circa la veridicità della dichiarazione medesima e l'eventual

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il Tar Emilia Romagna, Parma con la sentenza numero 62 del 7 marzo 2007 ci insegna che:

<L'Amministrazione ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, al fine di evitare che il principio di massima concorrenza, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti, sicché le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo non univoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili>

ma l'emarginata sentenza merita di essere segnalata anche per due ulteriori passaggi:

<Quanto all'asserita violazione dell'art. 7, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 ("... Il responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori. Tali funzioni non possono coincidere nel caso di ... interventi di importo superiore a 500.000 Euro"), appare decisiva la circostanza che l'arch. S. ha assunto le funzioni di responsabile del procedimento quando era già stato approvato dall'ente il progetto preliminare, onde non v'è stata contemporaneità tra i due incarichi. Il divieto invocato dalla ricorrente è preordinato ad evitare commistioni di funzioni che pregiudichino il buon esito delle attività di

progettazione ed esecuzione delle opere pubbliche di maggiore rilevanza, rischio che viene evidentemente meno allorché, per essere esercitata in tempi diversi, l'una funzione non si presenta suscettibile di incidere sull'altra; tanto da essersi rilevato che l'art. 7 comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 deve intendersi nel senso che, nel caso di appalto di lavori di importo superiore a 500.000 Euro, è illegittima la nomina "congiunta" a responsabile del procedimento e a direttore dei lavori di uno stesso soggetto>

ed ancora

<Quanto, invece, alla lamentata ammissione alla gara di un raggruppamento comprendente professionisti che avevano concorso alle attività progettuali preparatorie, in violazione dell'art. 8, comma 6, del d.P.R. n. 554 del 1999 ("Gli affidatari dei servizi di supporto ... non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti ..."), e dell'art. 48, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999 (" Gli affidatari delle attività di supporto non possono espletare incarichi di progettazione e non possono partecipare neppure indirettamente agli appalti, alle concessioni ed ai relativi subappalti e cottimi con riferimento ai lavori per i quali abbiano svolto le predette attività"), anche in asserita violazione del generale principio di par condicio dei concorrenti, il Collegio non può non prendere atto della recente decisione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee relativamente a normative interne di tale portata (v. Sez. II, 3 marzo 2005, proc. C-21/03 e C-34/03).

Nella circostanza, pur rilevando come chi ha partecipato ai lavori preparatori possa essere favorito nel formulare l'offerta in ragione delle informazioni in tal modo assunte o addirittura possa avere indirettamente influenzato i contenuti della gara in senso a sé utile, si è obiettato che **un divieto assoluto di partecipazione alla procedura selettiva appare misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di garantire la reale parità di trattamento tra i vari concorrenti, e si è dunque concluso nel senso della incompatibilità, con le direttive comunitarie di settore, delle discipline nazionali che non ammettono la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta, per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di un soggetto che sia stata incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda al medesimo soggetto la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza dallo stesso acquisita non ha potuto falsare la concorrenza .**

Tanto determina l'obbligo di disapplicare le disposizioni regolamentari invocate dalla società ricorrente, che non ha d'altra parte fornito - come sarebbe stato invece suo onere fare - alcun concreto elemento

utile ad evidenziare che, per le specifiche caratteristiche dell'attività progettuale nella fattispecie svolta o per altri particolari aspetti dell'incarico di progettazione oggetto della gara, il raggruppamento aggiudicatario abbia presumibilmente goduto di un obiettivo vantaggio rispetto agli altri concorrenti, e che dunque l'ente committente, anche per non averne acquisito le giustificazioni del caso, abbia erroneamente valutato quel raggruppamento come interlocutore non favorito dai pregressi rapporti intrattenuti con la stazione appaltante.

Difettando, insomma, una presunzione legale di alterazione delle regole della concorrenza, l'eventuale indebita ammissione alla gara deve essere accertata sulla base di elementi puntualmente dedotti da chi ne fa valere l'illegittimità, in ossequio al fondamentale canone secondo cui il processo amministrativo è un processo di parti, nel corso del quale il giudice adito deve limitarsi a verificare la sussistenza dei vizi denunciati dal ricorrente, vizi che rappresentano, unitamente al petitum azionato e alla causa petendi, il confine preciso entro il quale il giudice è autorizzato a svolgere il proprio sindacato, onde gli è preclusa la possibilità di allargare l'oggetto dell'indagine oltre i limiti fissati dall'interessato nell'atto introduttivo della lite.>

Relativamente inoltre all'obbligo di presentazione della polizza del progettista esecutivo, è importante sapere che:

<Un'ulteriore causa di decadenza del raggruppamento aggiudicatario viene prospettata in ragione dell'omessa produzione dell'impegno assunto da un istituto di assicurazione al rilascio della polizza di responsabilità civile professionale prevista dall'art. 30, comma 5, della legge n. 109 del 1994 ("Il progettista o i progettisti incaricati della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio ..."). Nel sollevare la questione, però, non si è tenuto conto della circostanza che la norma di gara asseritamente disattesa riproduce la prescrizione di cui all'art. 105, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 ("Il progettista, contestualmente alla sottoscrizione del contratto, deve produrre una dichiarazione di una compagnia di assicurazioni autorizzata all'esercizio del ramo «responsabilità civile generale» nel territorio dell'Unione Europea, contenente l'impegno a rilasciare la polizza di responsabilità civile professionale con specifico riferimento ai lavori progettati. La polizza decorre dalla data di inizio dei lavori e ha termine alla data di emissione del certificato del collaudo provvisorio. La mancata presentazione della dichiarazione determina la decadenza dall'incarico, e

autorizza la sostituzione del soggetto affidatario”), sicché appare evidente che, trattandosi di polizza riferita all’incarico relativo alla progettazione esecutiva - allo stato solo eventuale e oggetto di successivo ipotetico affidamento da parte dell’ente committente -, **la presentazione dell’impegno, per esplicita previsione normativa, risulta differita al momento in cui l’affidamento eventualmente interverrà (“... contestualmente alla sottoscrizione del contratto ...”), mentre la comminatoria di “decadenza dall’incarico” resta conseguentemente subordinata a tale inerzia e, sussistendone i presupposti, produrrà i suoi effetti sul solo incarico di progettazione esecutiva. In alcun modo, in conclusione, ne risulta interessato l’incarico principale.>**

A cura di *****

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 L’EMILIA-ROMAGNA

SEZIONE DI PARMA

composto dai Signori:

Dott.
*****ò Presidente

Dott.

Dott.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 306 del 2005 proposto da *****à d'Ingeg***a S.r.l. (in proprio e quale mandante del raggruppamento con capogruppo *** S.p.A.), in persona dell'amministratore unico e direttore tecnico arch. *****, rappresentata e difesa dall'avv. ***** e dall'avv. *****, ed elettivamente domiciliata in Parma, via Farini n. 5, presso lo studio dell'avv. *****;

contro

l'Area Stazione S.T.U. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t. dott. *****, difesa e rappresentata dall'avv. ***** e dall'*****, ed elettivamente domiciliata in Parma, via Mistrali n. 4, presso lo studio dell'avv. *****;

la Commissione di gara, non costituita in giudizio;

e nei confronti

di D'*** S.p.A., in persona del legale rappresentante prof. *****, difesa e rappresentata dall'avv. ***** e dall'avv. *****, e presso il primo elettivamente domiciliata in Parma, via Mistrali n. 4;

di Studio *** S.p.A. (in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituendo con ***

per l'annullamento

del verbale n. 6 del 28 giugno 2005, con cui la Commissione di gara ha provvisoriamente aggiudicato al raggruppamento con capogruppo *** Architectes S.L. (e con mandanti D'*** S.p.A., ***

dell'atto con cui l'Area Stazione S.T.U. S.p.A., ente appaltante, ha provveduto all'aggiudicazione provvisoria;

dell'atto con cui l'Area Stazione S.T.U. S.p.A., ente appaltante, ha provveduto all'aggiudicazione definitiva;

di tutti gli atti della gara, in particolare dei verbali con cui non è stata disposta l'esclusione del raggruppamento aggiudicatario e di quello secondo classificato;

di tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi, compresi il bando e il disciplinare di gara;

per la condanna

dell'ente appaltante al risarcimento dei danni;

con il ricorso incidentale

proposto da D'*** S.p.A., in persona del legale rappresentante prof. *****, difesa e rappresentata dall'avv. ***** e dall'avv. *****, e presso il primo elettivamente domiciliata in Parma, via Mistrali n. 4;

e con il ricorso incidentale

proposto da Studio *** S.p.A. (in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituendo con ***

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Area Stazione S.T.U. S.p.A., di D'*** S.p.A. e di Studio *** S.p.A.;

Visti i "motivi aggiunti" depositati dalla ricorrente principale in data 6 settembre 2005, in data 19 settembre 2005, in data 15 novembre 2005 e in data 28 marzo 2006;

Visti i ricorsi incidentali proposti da D'*** S.p.A. e da Studio *** S.p.A.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. *****;

Uditi alla pubblica udienza del 20 febbraio 2007 l'avv. ***** per *****à d'Ingeg***a S.r.l., l'avv.

Monaco per l'ente committente, l'avv. Cugurra per D'*** S.p.A. e l'avv. *****, in sostituzione dell'avv. *****, per Studio *** S.p.A.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

E

D I R I T T O

L'Area Stazione S.T.U. S.p.A., con sede in Parma, indiceva un pubblico incanto ex art. 6 del d.lgs. n. 157 del 1995, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di un incarico professionale avente ad oggetto la redazione della progettazione definitiva delle opere pubbliche previste nel programma di riqualificazione urbana denominato "Stazione FS - ex *****" e di un ulteriore fabbricato, ai sensi degli artt. 16 e 17 della legge n. 109 del 1994. All'esito della gara la Commissione giudicatrice redigeva la graduatoria finale (v. verbale del 28 giugno 2005) ed aggiudicava in via provvisoria l'incarico al costituendo raggruppamento con capogruppo *** Architectes S.L. (e con mandanti D'*** S.p.A., Studio di Ingeg***a ing. *****, arch. *****, ing. *****, arch. *****, Studio associato di Ingeg***a MRS, VIA Ingeg***a S.r.l.), mentre si classificavano in seconda posizione il costituendo raggruppamento con capogruppo Studio *** S.p.A. (e con mandanti AREP S.A., Arch. *****'Ascia, SYSTRA S.A., *****a e Architettura, ***** Coop., ASSET S.r.l., Studio dott. *****, ***** arch. ***** ***) e in terza posizione il costituendo raggruppamento con capogruppo *** S.p.A. (e con mandante *****à d'Ingeg***a S.r.l.); indi, il Consiglio di Amministrazione dell'Area Stazione S.T.U. S.p.A. approvava i verbali della Commissione giudicatrice e provvedeva all'aggiudicazione definitiva (seduta in data 11 luglio 2005).

Avverso gli atti di gara, anche a mezzo di “motivi aggiunti” (depositati in data 6 settembre 2005, in data 19 settembre 2005, in data 15 novembre 2005 e in data 28 marzo 2006), ha proposto impugnativa in parte qua la Sistemi Società d’Ingegneria S.r.l. (in proprio e quale mandante del raggruppamento con capogruppo *** S.p.A.), deducendone l’illegittimità sotto molteplici profili e facendo altresì valere il diritto al risarcimento dei danni derivanti dal mancato conseguimento dell’incarico professionale. Le relative istanze cautelari sono state respinte dalla Sezione alle Camere di Consiglio del 18 ottobre 2005 (ord. n. 303/2005), del 6 dicembre 2005 (ord. n. 329/2005) e del 18 aprile 2006 (ord. n. 79/2006). Con ordinanza n. 30/2005 in data 22 novembre 2005, poi, la Sezione ha dichiarato improcedibile la domanda giudiziale a mezzo della quale è stata esercitata l’actio ad exhibendum ex art. 25, comma 5 (secondo periodo), della legge n. 241 del 1990 (nel testo modificato dall’art. 17 della legge n. 15 del 2005).

Si sono costituiti in giudizio l’Area Stazione S.T.U. S.p.A., la D’*** S.p.A. e la Studio *** S.p.A., resistendo al gravame.

Hanno proposto ricorso incidentale D’*** S.p.A. e Studio *** S.p.A., la prima depositando i relativi atti in data 5 settembre 2005 e la seconda depositando i relativi atti in data 14 ottobre 2005.

All’udienza del 20 febbraio 2007, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Il Collegio ritiene di dover preliminarmente esaminare la censura con cui, a mezzo di ricorso incidentale, la D’*** S.p.A., facente parte del raggruppamento aggiudicatario, ha censurato le norme di gara laddove non prevedevano l’esclusione dei concorrenti la cui offerta tecnica non avesse conseguito un punteggio minimo di sufficienza, così come accaduto per il raggruppamento ricorrente, ammesso alla fase di gara successiva nonostante l’attribuzione di un punteggio pari a zero. Quando viene proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l’azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni ivi dedotte, se - in particolare - esse si riverberino sull’esistenza della legittimazione all’impugnazione del ricorrente principale e in tal modo producano effetti su di una condizione dell’azione, ovvero su una questione di rito; in materia di gare d’appalto, pertanto, l’esame del ricorso incidentale deve precedere l’esame del ricorso principale qualora l’impresa vincitrice deduca che l’impresa sconfitta dovesse essere esclusa dalla gara (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2006 n. 8265).

Nel merito, tuttavia, la doglianza si rivela infondata. La valutazione delle offerte tecniche si è nella fattispecie svolta secondo il c.d. «metodo del confronto a coppie», previsto dall'all. E del d.P.R. n. 554 del 1999, dove il "coefficiente è pari a zero in corrispondenza della prestazione minima possibile" e il "coefficiente è pari ad uno in corrispondenza della prestazione massima offerta". E' quindi insita nel sistema applicato l'eventualità che un concorrente resti fermo ad un punteggio pari a zero, pur rispondendo le soluzioni tecniche proposte ai requisiti-limite all'uopo richiesti; adeguatezza minima, del resto, in alcun modo contestata dalla Commissione giudicatrice allorché ha vagliato l'offerta del raggruppamento con capogruppo *** S.p.A.

Passando alle censure della ricorrente principale, e seguendone l'ordine di formulazione, viene innanzi tutto in rilievo la questione incentrata sull'inosservanza del punto 8.4 del disciplinare di gara, nella parte in cui prescriveva, a pena di esclusione, la presentazione di una "... dichiarazione, successivamente verificabile, sottoscritta da ciascun soggetto ... attestante: a) ...; b) di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione previste dall'art. 12 del D.Lgs. 157/95 e dall'art. 51 del D.P.R. 554/99, nonché in quelle previste dall'articolo 10 della Legge 575/65 (disposizioni antimafia) e che la società (o consorzio o associazione) ed i loro legali rappresentanti non sono interdetti dal contrattare con la Pubblica Amministrazione; ...". Si imputa, in particolare, ai due raggruppamenti controinteressati di non avere rispettato la regola secondo cui, in caso di più persone fisiche coinvolte, la relativa dichiarazione deve essere resa da ciascuna di esse, essendo insufficiente in simili situazioni una sola dichiarazione per ognuno degli enti associati. Dal che l'illegittima ammissione dei due raggruppamenti alla gara, e quindi l'indebita omessa applicazione della norma che ne avrebbe invece imposto l'estromissione.

Il motivo è infondato.

Non ignora il Collegio che, per costante giurisprudenza, le cause di esclusione di che trattasi si riferiscono a tutte le persone fisiche che abbiano la rappresentanza legale dell'impresa costituita in forma di persona giuridica, nonché a chiunque sia presente nel procedimento concorsuale in luogo del "concorrente" con i poteri che gli consentono di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004 n. 3466). Il disciplinare di gara, però, nel determinare il contenuto delle dichiarazioni da rendere all'atto della presentazione dell'offerta, non ha espressamente richiesto un numero di dichiarazioni corrispondente alle persone fisiche interessate, ed anzi, con il disporre che si precisasse "... che la società (o consorzio o associazione) ed i loro legali rappresentanti non sono interdetti ...", reca una formulazione letterale che accredita la conclusione per cui fosse sufficiente, ex ante, una dichiarazione unica, globalmente riferita all'impresa, e di conseguenza a quanti per essa operano; tanto,

oltre tutto, in ossequio al generale principio per cui, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, l'Amministrazione ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, al fine di evitare che il principio di massima concorrenza, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti, sicché le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo non univoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2003 n. 873). Né, del resto, una simile soluzione ermeneutica si presenta incompatibile con la ratio dell'adempimento formale imposto ai concorrenti, nulla opponendosi a che, nella fase iniziale di ammissione, l'ente pubblico acquisisca una dichiarazione unica dell'impresa per la totalità delle persone fisiche interessate, salva la verifica finale circa la veridicità della dichiarazione medesima e l'eventuale applicazione delle misure conseguenti; anche in considerazione della circostanza che una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del d.P.R. n. 445 del 2000, ben può riferirsi a soggetti diversi dal dichiarante ("La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza"), così come già rilevato in giurisprudenza relativamente alle gare d'appalto (v. Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2001 n. 3602).

Priva di fondamento è anche la doglianza con cui si lamenta la mancata esclusione dei raggruppamenti controinteressati, asseritamente responsabili di non avere adempiuto all'obbligo di indicare, in sede di relazione tecnica, la "ripartizione fra i componenti del costituendo o costituito raggruppamento delle competenze professionali" e "in modo chiaro e preciso, la tipologia delle prestazioni che saranno svolte, in caso di affidamento dell'incarico, da ciascun componente il raggruppamento" (punto 8.5 del disciplinare di gara). In realtà, la documentazione esibita in giudizio dall'ente committente evidenzia come gli elaborati grafici a suo tempo prodotti da entrambi i concorrenti, specificando in modo schematico le funzioni dei vari associati, soddisfacessero le condizioni minime imposte dalle norme di gara, sia quanto alle competenze professionali che alle prestazioni da eseguire; non occorre, al contrario, la quantificazione dell'apporto dei singoli, avendo la prescrizione il solo obiettivo di identificare, fase per fase, gli autori delle attività professionali, al fine di poterne scindere le responsabilità.

Né ha ragione di dolersi la ricorrente dell'omessa presentazione dei "curricula dei professionisti che svolgeranno i servizi oggetto della presente gara, predisposti secondo gli allegati G ed H del D.P.R. 554/99" (punto 8.5, lett. c), emergendo dagli atti acquisiti in giudizio che a tale adempimento formale i due raggruppamenti controinteressati avessero regolarmente provveduto. Quanto, invece, al contenuto dei relativi modelli - e in tal modo si anticipa l'esame delle questioni sollevate con il terzo capo di censure dei "motivi aggiunti" depositati il 19 settembre 2005 -, non costituisce ragione di esclusione dalla gara la

circostanza che alla richiesta autocertificazione dei dati ivi riportati avessero provveduto i legali rappresentanti delle ditte anziché i singoli professionisti di volta in volta interessati, valendo anche in questa sede la norma che ammette l'attestazione di fatti riguardanti soggetti diversi dal dichiarante se a sua diretta conoscenza (è da presumere, evidentemente, che chi ha sottoscritto abbia autonomamente verificato la veridicità di quanto dichiarato); le ulteriori inesattezze denunciate, dal canto loro, in assenza di una comprovata effettiva incidenza sull'osservanza della soglia fissata dalle norme di gara relativamente ai requisiti minimi di capacità finanziaria e tecnica, restano prive di concreta rilevanza, e dunque al più classificabili come mere irregolarità.

Non persuade neppure l'assunto secondo cui, avendo costituito la cauzione provvisoria a mezzo di polizza fideiussoria intestata alla sola società capogruppo, i due raggruppamenti controinteressati sarebbero incorsi nella violazione di una norma di gara che richiedeva detta formalità a pena di esclusione, onde l'ente appaltante avrebbe dovuto non ammetterle alla selezione. E' pur vero che una recente pronuncia, risolvendo i pregressi contrasti giurisprudenziali, ha sancito il principio per cui, nel caso di a.t.i. costituende, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate e non anche alla sola mandataria designata (v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 ottobre 2005 n. 8); tuttavia, il Collegio non può non considerare che, in una fase temporale in cui la questione era ancora controversa, il disciplinare di gara è stato concepito secondo modalità che depongono per una scelta dell'ente appaltante nel senso contrario a quello poi fatto definitivamente proprio dalla giurisprudenza. In effetti, la formula "... In caso di raggruppamento temporaneo, la cauzione dovrà essere prodotta dal Capogruppo ..." appare obiettivamente privilegiare un'interpretazione favorevole a quella operata dalla Commissione giudicatrice e dai raggruppamenti con capogruppo *** Arquitectes S.L. e Studio *** S.p.A., non potendosi la disposizione intendere come identificazione dell'impresa tenuta alla mera operazione materiale (si tratterebbe di previsione del tutto superflua), a fronte di una puntualizzazione che si caratterizza invece per l'individuazione dell'associata in capo alla quale si concentra la garanzia finanziaria a tutela della stazione appaltante rispetto alla condotta tenuta dall'offerente nel corso della gara. Peraltro, ove anche si contestasse l'univocità della prescrizione, occorrerebbe comunque optare per una soluzione favorevole all'ammissione dei due concorrenti, alla luce della riconosciuta esigenza che della disciplina di gara sia sempre data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice e restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2003 n. 1142). In conclusione, non essendo stata censurata la lex specialis della selezione, la doglianza si presenta insuscettibile di accoglimento, con l'ulteriore effetto di rendere improcedibile il motivo di impugnativa proposto a mezzo di ricorso incidentale dalla D'*** S.p.A. avverso la stessa previsione della cauzione provvisoria in un tipo di gara che, a suo dire, non la consentirebbe.

Altra ragione di esclusione dalla gara dei due raggruppamenti controinteressati risiederebbe nella

formulazione di offerte contrastanti, quanto alla parte relativa alle «prestazioni speciali» e al «rimborso spese», con i minimi tariffari inderogabili di cui all'art. 17, commi 12-ter e 14-quater, della legge n. 109 del 1994 e all'art. 4, comma 12-bis, del decreto-legge n. 65 del 1989 (conv. dalla legge n. 155/89); in via subordinata, viene impugnata la normativa di gara nella parte in cui dovesse essere intesa nel senso dell'ammissibilità di offerte non ancorate per tali voci alla soglia massimo di ribasso del 20% rispetto alla tariffa professionale. Sul punto, tuttavia, appare sufficiente richiamare quei precedenti giurisprudenziali che hanno escluso che il «rimborso spese» (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2006 n. 1296) e le «prestazioni speciali» (v., da ultimo, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 luglio 2006 n. 2982) siano soggetti al regime dell'inderogabilità dei minimi tariffari, al pari di quanto avviene per le «prestazioni accessorie», atteso che solo i corrispettivi per le «prestazioni normali» rientrano nella disciplina invocata (v. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determ. n. 30 del 13 novembre 2002); il che è quanto emerge anche dalla lex specialis della selezione, esplicita nel qualificare le «prestazioni normali» come “non soggette a ribasso”, ed a qualificare invece il «rimborso spese», le «prestazioni speciali» e le «prestazioni accessorie» come “soggette a ribasso” (v. punto 4 del disciplinare di gara). Con conseguente infondatezza delle questioni dedotte.

Viene imputato ancora al raggruppamento aggiudicatario di avere dichiarato di voler subappaltare la “consulenza geologica” - prestazione (riconducibile alla c.d. “relazione geologica”) che la legge includerebbe tra quelle da eseguire in proprio -, e comunque di non disporre a tal fine di un geologo facente parte in modo stabile della sua struttura organizzativa. Senonché, posto che, ai sensi dell'art. 17, comma 14-quinquies, della legge n. 109 del 1994, negli incarichi di progettazione di opere pubbliche “... l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche ...”, va considerato che la dichiarazione resa dal raggruppamento assume a riferimento una prestazione (la “consulenza geologica”) di incerta classificazione rispetto alle tipologie di attività contemplate dalla norma, e allora soccorre la regola per cui l'interpretazione complessiva della dichiarazione deve essere improntata al principio di buona fede ex art. 1366 cod.civ., nel senso di privilegiare l'assenza di una volontà di violazione del divieto di subappalto (v. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 7 gennaio 2003 n. 22), fermo restando che, anche a voler individuare una reale intenzione di operare in contrasto con la legge, la conseguenza non sarebbe comunque l'esclusione dalla gara, ma solo la preclusione a valersi del subappalto, purché naturalmente l'offerente sia autonomamente dotato dei requisiti per provvedere in proprio (v., con riferimento al caso della ge***cità o incompletezza della dichiarazione relativa al subappalto, Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 1999 n. 438 e Sez. VI, 13 febbraio 2004 n. 557). Nella fattispecie, dunque, risultando indicato tra i professionisti addetti alle relative funzioni il dott. *****, geologo iscritto all'Ordine e dipendente della D'*** S.p.A., appare soddisfatta l'esigenza che alle redazioni della “relazione geologica” provveda un geologo stabilmente incardinato in una delle associate (v. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determ. n. 3 del 27 febbraio 2002), e ciò indipendentemente dal ruolo ricoperto dal dott. *** (consulente per la geologia), il cui eventuale apporto dovrà essere circoscritto a

compiti che non determinino un'alterazione delle competenze legalmente determinate.

Precisato che con i "motivi aggiunti" depositati il 6 settembre 2005 la ricorrente principale si è limitata ad estendere le censure originarie all'atto di aggiudicazione definitiva, si rende a questo punto necessario vagliare le questioni prospettate con i "motivi aggiunti" depositati il successivo 19 settembre.

Un primo capo di doglianze è incentrato sulla violazione dell'art. 7, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 - laddove vieta che uno stesso soggetto svolga le funzioni di responsabile del procedimento e di progettista -, nonché sull'inosservanza dell'art. 8, comma 6, e dell'art. 48, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999 - in quanto alcuni componenti del raggruppamento aggiudicatario avevano concorso alla redazione del progetto preliminare e collaborato con il responsabile del procedimento nell'ambito delle relative attività di supporto -, in esito ad un'ammissione alla gara che avrebbe dunque determinato la lesione del principio della par condicio dei concorrenti, stante l'obiettiva posizione di vantaggio di chi aveva partecipato alla fase preparatoria della selezione.

Le censure sono infondate.

Quanto all'asserita violazione dell'art. 7, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 ("... Il responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori. Tali funzioni non possono coincidere nel caso di ... interventi di importo superiore a 500.000 Euro"), appare decisiva la circostanza che l'arch. **** ha assunto le funzioni di responsabile del procedimento quando era già stato approvato dall'ente il progetto preliminare, onde non v'è stata contemporaneità tra i due incarichi. Il divieto invocato dalla ricorrente è preordinato ad evitare commistioni di funzioni che pregiudichino il buon esito delle attività di progettazione ed esecuzione delle opere pubbliche di maggiore rilevanza, rischio che viene evidentemente meno allorché, per essere esercitata in tempi diversi, l'una funzione non si presenta suscettibile di incidere sull'altra; tanto da essersi rilevato che l'art. 7 comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 deve intendersi nel senso che, nel caso di appalto di lavori di importo superiore a 500.000 Euro, è illegittima la nomina "congiunta" a responsabile del procedimento e a direttore dei lavori di uno stesso soggetto (v. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, delib. n. 348 del 4 ottobre 2001).

Quanto, invece, alla lamentata ammissione alla gara di un raggruppamento comprendente professionisti che avevano concorso alle attività progettuali preparatorie, in violazione dell'art. 8, comma 6, del d.P.R. n. 554 del 1999 ("Gli affidatari dei servizi di supporto ... non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti ..."), e dell'art. 48, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999 (" Gli affidatari delle attività di supporto non possono espletare incarichi di progettazione e non possono partecipare neppure indirettamente agli appalti, alle concessioni ed ai relativi subappalti e cottimi con riferimento ai lavori per i quali abbiano svolto le predette attività"), anche in asserita violazione del generale principio di par condicio dei concorrenti, il Collegio non può non prendere atto della recente decisione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee relativamente a normative interne di tale portata (v. Sez. II, 3 marzo 2005, proc. C-21/03 e C-34/03). Nella circostanza, pur rilevando come chi ha partecipato ai lavori preparatori possa essere favorito nel formulare l'offerta in ragione delle informazioni in tal modo assunte o addirittura possa avere indirettamente influenzato i contenuti della gara in senso a sé utile, si è obiettato che un divieto assoluto di partecipazione alla procedura selettiva appare misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di garantire la reale parità di trattamento tra i vari concorrenti, e si è dunque concluso nel senso della incompatibilità, con le direttive comunitarie di settore, delle discipline nazionali che non ammettono la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta, per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di un soggetto che sia stata incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda al medesimo soggetto la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza dallo stesso acquisita non ha potuto falsare la concorrenza (così la decisione del 3 marzo 2005). Tanto determina l'obbligo di disapplicare le disposizioni regolamentari invocate dalla società ricorrente, che non ha d'altra parte fornito - come sarebbe stato invece suo onere fare - alcun concreto elemento utile ad evidenziare che, per le specifiche caratteristiche dell'attività progettuale nella fattispecie svolta o per altri particolari aspetti dell'incarico di progettazione oggetto della gara, il raggruppamento aggiudicatario abbia presumibilmente goduto di un obiettivo vantaggio rispetto agli altri concorrenti, e che dunque l'ente committente, anche per non averne acquisito le giustificazioni del caso, abbia erroneamente valutato quel raggruppamento come interlocutore non favorito dai pregressi rapporti intrattenuti con la stazione appaltante. Difettando, insomma, una presunzione legale di alterazione delle regole della concorrenza, l'eventuale indebita ammissione alla gara deve essere accertata sulla base di elementi puntualmente dedotti da chi ne fa valere l'illegittimità, in ossequio al fondamentale canone secondo cui il processo amministrativo è un processo di parti, nel corso del quale il giudice adito deve limitarsi a verificare la sussistenza dei vizi denunciati dal ricorrente, vizi che rappresentano, unitamente al petitum azionato e alla causa petendi, il confine preciso entro il quale il giudice è autorizzato a svolgere il proprio sindacato, onde gli è preclusa la possibilità di allargare l'oggetto dell'indagine oltre i limiti fissati dall'interessato nell'atto introduttivo della lite.

Non meritano accoglimento neppure le censure impiegate sulla tardività della presentazione da parte del raggruppamento aggiudicatario dei documenti richiesti a comprova del possesso dei requisiti di

ammissione alla gara, sulla provenienza di tali atti da soggetto privo della qualità di legale rappresentante, sull'indebita esibizione di mere fotocopie, sull'eccessiva brevità del tempo impiegato dal responsabile del procedimento e dal Consiglio di Amministrazione dell'ente committente per esaminare la totalità della documentazione pervenuta, nonché infine sull'asserita inidoneità dei documenti redatti in lingua diversa dall'italiano.

In effetti, quanto al termine perentorio di dieci giorni di cui all'art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109 del 1994, risulta tempestiva la protocollazione della documentazione effettuata in data 11 luglio 2005, coincidendo il dies ad quem con la giornata del sabato (9 luglio), quando gli uffici amministrativi dell'ente non erano aperti al pubblico. Irrilevante, poi, è la circostanza che alla trasmissione della documentazione non abbia provveduto uno dei legali rappresentanti, difettando una prescrizione della *lex specialis* che imponesse una simile formalità - purché naturalmente ne emergesse in modo inequivocabile la provenienza dalla società interpellata -, e per le medesime ragioni, stante anche il silenzio dell'ente committente all'atto della richiesta dei documenti, si presenta ininfluenza il rilievo che i documenti stessi, almeno in parte, siano stati prodotti in semplice fotocopia, tenuto altresì conto dell'esigenza di tutela della buona fede dell'aggiudicatario, al più tenuto alla regolarizzazione, su eventuale successiva sollecitazione dell'ente, ma non certamente soggetto all'automatica decadenza dalla sua posizione. Quanto, invece, alla lamentata inadeguatezza dell'arco temporale (tre ore) nell'ambito del quale si sarebbe vagliata la voluminosa documentazione esibita, appare sufficiente osservare che a tale operazione il responsabile del procedimento ha verosimilmente, e legittimamente, provveduto avvalendosi dell'ausilio di personale addetto al suo ufficio, come del resto comunemente avviene in casi analoghi, mentre una simile analitica verifica non era evidentemente richiesta al Consiglio di Amministrazione dell'ente committente, libero di effettuare un controllo anche solo a campione, o comunque di rinviare agli accertamenti operati dal funzionario a ciò preposto. Quanto, infine, alla dedotta inosservanza della disposizione del disciplinare di gara che fissava nell'«italiano» la lingua ufficiale del concorso - per avere il raggruppamento aggiudicatario esibito taluni atti redatti in lingua diversa e non accompagnati da traduzione giurata -, va negato che ogni difformità da una simile prescrizione determinasse l'automatica esclusione del concorrente che se ne era reso responsabile; da un lato, infatti, un vincolo puntuale in tal senso era stato posto dal bando solo per l'offerta e la domanda di partecipazione (v. IV.3.5), dall'altro lato, poi, la clausola finale "dichiarazioni, documenti e cauzione, nonché il rispetto delle modalità di presentazione dell'offerta sono richiesti a pena di esclusione" appare riconducibile a quella generica previsione di estromissione (in caso di irregolarità della documentazione) che la giurisprudenza non considera equivalente ad un'espressa comminatoria di esclusione (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2000 n. 3290), onde la stazione appaltante resta libera in tali casi di vagliare l'effettiva rilevanza dell'irregolarità, e cioè la sua essenzialità ai fini della tutela di un particolare interesse dell'Amministrazione, nella fattispecie evidentemente non rinvenibile a fronte di documenti che, pur in lingua straniera, recassero un contenuto ugualmente risultato comprensibile.

Un'ulteriore causa di decadenza del raggruppamento aggiudicatario viene prospettata in ragione dell'omessa produzione dell'impegno assunto da un istituto di assicurazione al rilascio della polizza di responsabilità civile professionale prevista dall'art. 30, comma 5, della legge n. 109 del 1994 ("Il progettista o i progettisti incaricati della progettazione esecutiva devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio ..."). Nel sollevare la questione, però, non si è tenuto conto della circostanza che la norma di gara asseritamente disattesa riproduce la prescrizione di cui all'art. 105, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999 ("Il progettista, contestualmente alla sottoscrizione del contratto, deve produrre una dichiarazione di una compagnia di assicurazioni autorizzata all'esercizio del ramo «responsabilità civile generale» nel territorio dell'Unione Europea, contenente l'impegno a rilasciare la polizza di responsabilità civile professionale con specifico riferimento ai lavori progettati. La polizza decorre dalla data di inizio dei lavori e ha termine alla data di emissione del certificato del collaudo provvisorio. La mancata presentazione della dichiarazione determina la decadenza dall'incarico, e autorizza la sostituzione del soggetto affidatario"), sicché appare evidente che, trattandosi di polizza riferita all'incarico relativo alla progettazione esecutiva - allo stato solo eventuale e oggetto di successivo ipotetico affidamento da parte dell'ente committente -, la presentazione dell'impegno, per esplicita previsione normativa, risulta differita al momento in cui l'affidamento eventualmente interverrà ("... contestualmente alla sottoscrizione del contratto ..."), mentre la comminatoria di "decadenza dall'incarico" resta conseguentemente subordinata a tale inerzia e, sussistendone i presupposti, produrrà i suoi effetti sul solo incarico di progettazione esecutiva. In alcun modo, in conclusione, ne risulta interessato l'incarico principale.

Incorre in una pronuncia di rigetto anche la censura con cui la ricorrente lamenta l'omessa applicazione in via analogica dell'art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 190 del 2002 ("Il soggetto aggiudicatore comunica il provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati almeno trenta giorni prima della firma del contratto"). Indipendentemente da ogni considerazione circa l'ammissibilità di un'estensione in via interpretativa dell'ambito di applicazione di tale norma, si rivela decisivo il rilievo che, trattandosi di adempimento collocato in una fase temporale successiva all'aggiudicazione, la sua inosservanza non può risolversi in un vizio di legittimità dell'aggiudicazione medesima, sicché non ne risulta invalidato l'esito della procedura selettiva, e semmai ne può trarre motivo di rivalsa in sede risarcitoria il terzo che abbia eventualmente visto pregiudicata, in tutto o in parte, la tutela delle proprie ragioni.

L'accertata infondatezza di tutte le censure relative alla posizione del raggruppamento aggiudicatario rende improcedibili le doglianze formulate avverso il raggruppamento con capogruppo Studio *** S.p.A., in quanto alcun concreto vantaggio ricaverebbe la ricorrente dall'eventuale esclusione dalla gara di un

concorrente che, pur precedendola nell'ordine di graduatoria, non ha conseguito l'incarico né, a questo punto, è in grado di recarle un qualsiasi altro apprezzabile pregiudizio. In particolare, si tratta dei motivi incentrati sull'irregolarità commessa in sede di domanda di partecipazione e consistente nell'omessa individuazione dei soggetti incaricati di talune prestazioni professionali (pagg. 25-29 del ricorso), sul precedente penale addebitabile al legale rappresentante quale causa ostativa all'ammissione, anche in virtù della dichiarazione mendace asseritamente resa dallo stesso ("motivi aggiunti" depositati il 15 novembre 2005) e sull'irrelevanza a tali fini dell'estinzione del reato eventualmente intervenuta medio tempore ("motivi aggiunti" depositati il 28 marzo 2006).

La Studio *** S.p.A., da parte sua, ha proposto ricorso incidentale, adducendo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per avere previsto la presenza del "giovane professionista" in veste di mero dipendente della capogruppo e non anche quale autonomo soggetto associato, per non risultare sottoscritta dai legali rappresentanti la documentazione relativa ai curricula dei professionisti, per difettare l'indicazione del geologo preposto alla redazione della "relazione geologica", per avere alcuni componenti del raggruppamento a suo tempo concorso alla predisposizione del progetto preliminare; la prima censura, poi, è stata estesa anche alla ricorrente principale (terza in graduatoria).

Ora, secondo costante giurisprudenza, il ricorso incidentale si caratterizza per la sua natura di mero strumento di difesa, accessorio al ricorso principale e con funzione esclusivamente endoprocessuale, onde il rimedio appare esperibile da chi, avendo ricevuto un vantaggio dall'atto impugnato, vanta un interesse qualificato alla conservazione di tale vantaggio e quindi del provvedimento che glielo ha arrecato, mentre non può essere utilizzato per conseguire vantaggi ulteriori, ovvero per far valere una pretesa distinta ed indipendente da quella per cui il giudizio è sorto, a tutela di una posizione giuridica soggettiva che avrebbe dovuto essere azionata in via principale; situazione, quest'ultima, che si verifica allorché un'impresa giunta seconda in una gara d'appalto ed evocata nel giudizio promosso da impresa che la segue in graduatoria propone ricorso incidentale non al fine di paralizzare l'azione di quella, bensì per far valere la propria autonoma pretesa a vedersi affidato l'appalto in luogo dell'impresa aggiudicataria (v. TAR Sardegna, Sez. I, 2 marzo 2006 n. 268). Di qui, relativamente alle censure concernenti il raggruppamento aggiudicatario, l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto dalla Studio *** S.p.A., la quale avrebbe invece dovuto agire in via principale; né, del resto, è possibile convertire il ricorso incidentale in ricorso autonomo, difettando il nuovo mandato difensivo a ciò necessario, e risultando altresì il gravame notificato presso i soli procuratori domiciliatari delle controparti, sicché non si rinviene la sussistenza delle condizioni formali richieste dalla legge per la corretta instaurazione in parte qua della lite.

Quanto, invece, alla doglianza riferita al raggruppamento con capogruppo *** S.p.A., si tratta di censura sì proponibile a mezzo di ricorso incidentale, ma oramai non sorretta dal prescritto interesse processuale, atteso il definitivo consolidarsi della posizione del raggruppamento aggiudicatario e la conseguente ininfluenza di ogni variazione di graduatoria che riguardi esclusivamente gli altri concorrenti. Donde l'inammissibilità, sotto questo diverso profilo, della relativa doglianza.

Quanto, infine, alle spese di lite, la complessità delle questioni dedotte induce a disporre la compensazione. Né v'è ragione di accogliere la domanda di risarcimento per responsabilità aggravata ex art. 96 cod.proc.civ. (v. richiesta formulata da Studio *** S.p.A. con memoria depositata il 6 dicembre 2005), non essendo stati forniti elementi sufficienti per ravvisare mala fede o colpa grave nella proposizione della censura con cui si è dedotto che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- in parte respinge e in parte dichiara improcedibile il ricorso principale;

- in parte respinge e in parte dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da D'*** S.p.A.;

- dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto da Studio *** S.p.A.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Parma, nella Camera di Consiglio del 20 febbraio 2007.

f.to *****ò

Presidente

f.to *****

Consigliere Rel.Est.

Depositata in Segreteria ai sensi dell'art.55 L. 18/4/82, n.186.

Parma, lì 7 marzo 2007

f.to *****

Il Segretario

NRG. 306/2005

<https://www.diritto.it/e-legittimo-che-nella-fase-iniziale-di-ammissione-l-ente-pubblico-acquisisca-una-dichiarazione-unica-dell-impresa-per-la-totalita-delle-persone-fisiche-interessate-salva-la-verifica-finale-circa/>