

Al fine dell'individuazione dei profili di responsabilità, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, e quindi di una possibile colpa in capo all'amministrazione, si prende atto dei principi palesati dal giudice comunitario nella pronuncia Corte di Giusti

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Secondo tale sentenza : "è importante rilevare che il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità.

Tale analisi risulta corroborata dal contesto e dall'obiettivo generale del mezzo di ricorso inteso al riconoscimento di un risarcimento, previsto dalla direttiva 89/665. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, gli Stati membri, pur essendo tenuti a prevedere mezzi di ricorso che consentano di ottenere l'annullamento di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice contraria alla normativa sugli appalti pubblici, sono legittimati, in vista dell'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665, a prevedere per questo tipo di ricorsi termini ragionevoli da osservarsi a pena di decadenza, e ciò per evitare che i candidati e gli offerenti possano in qualsiasi momento allegare violazioni della normativa suddetta, obbligando così l'amministrazione aggiudicatrice a riprendere l'intera procedura al fine di rimediare a tali violazioni. Inoltre, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 riconosce agli Stati membri la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento.

In tale contesto, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice. Come rilevato dalla Commissione europea, poco importa al riguardo che, a differenza della normativa nazionale esaminata nella citata sentenza 14 ottobre 2004, Commissione/Portogallo, la disciplina in questione nel presente procedimento non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponga a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine. Infatti, quest'ultima normativa genera anch'essa il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante. Orbene la situazione sarebbe contraria all'obiettivo della direttiva 89/665, enunciato all'art. 1, n. 1, ed al terzo 'considerando' di quest'ultima, consistente nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici....l'accertamento della fondatezza di una domanda di risarcimento proposta dall'offerente pretermesso a seguito dell'annullamento di tale decisione da parte di un giudice amministrativo non può, per parte sua, essere subordinato ad una valutazione del carattere colpevole del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice chiamata in causa. Tenuto conto delle considerazioni che precedono la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata."

Il principio è tanto più calzante nel caso di specie in quanto si è ritenuta non accoglibile la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto riconoscendo un allegato interesse pubblico e precludere il risarcimento in forma specifica.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4165 del 19 novembre 2010 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino

N. 04165/2010 REG.SEN.

N. 01031/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1031 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Consorzio Ricorrente - RICORRENTE Societa' Cooperativa in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Ricorrente 2 S.r.l., Ricorrente 3 S.p.A., ***** 4 s.r.l., Consorzio RICORRENTE 5 (The RICORRENTE 5 Italian Partnership), nonché Ricorrente 2 s.r.l., Ricorrente 3 s.p.a. e Consorzio RICORRENTE 5 in proprio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti *****

***** con domicilio eletto presso l'avv.to ***** in Torino,
corso *****
*****, 120;

contro

Comitato Celebrazioni per il Centocinquantesimo anniversario dell'unità d'Italia - Comitato Italia 150, rappresentato e difeso dagli avv.ti *****

***** con domicilio eletto presso l'avv.to ***** in Torino, via Vela, 29;

nei confronti di

Controinteressata. ***** Impresa generale di Costruzioni - Restauro - conservazione siglabile Controinteressata. s.r.l. - in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Controinteressata 2 Impianti S.p.A., Controinteressata 3 S.p.A., Controinteressata 4 S.p.A., Controinteressata 5 Italia S.r.l., nonché Controinteressata 6 Srl, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Controinteressata 7 Controinteressata 8 S.r.l., ***** di Architettura Controinteressata 9 di ***** e ***** 9, Arch. Controinteressata 10 *****
***** 10 ***** & Associati, Arch. Controinteressata 11 *****
***** Arch. Controinteressata 12 *****
***** in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti *****
***** con domicilio eletto presso l'avv.to ***** in Torino, via Pietro Micca, 21;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo:

della determinazione 30.7.2010, n. 11.1.1332, citata nella nota del RUP 2.8.2010, prot. 11.3.1334, con la quale il vice-presidente esecutivo del Comitato Italia 150 ha aggiudicato in via definitiva la procedura di appalto integrato per l'affidamento, la progettazione, l'esecuzione dei lavori ed allestimento delle mostre previste per i 150 anni dell'Unità d'Italia al raggruppamento temporaneo di imprese avente come capogruppo mandataria la Controinteressata. srl; ha classificato il RTI ricorrente al secondo posto della graduatoria; ha approvato i verbali delle operazioni di gara; ha disposto in via d'urgenza l'avvio dell'esecuzione delle prestazioni dedotte in gara per la parte relativa alla progettazione esecutiva,

dei verbali della Commissione giudicatrice e gli ulteriori atti dell'Amministrazione, ivi compresa la dichiarazione del responsabile del procedimento in data 26.7.2010, allegata al verbale della seduta riservata n. 4 del 27.7.2010; degli ulteriori provvedimenti della Stazione appaltante che hanno approvato l'operato della Commissione di Gara; della nota del RUP in data 7.7.2010; della nota 21.7.2010; dei provvedimenti e dei verbali con i quali la Stazione appaltante ha consegnato anticipatamente le opere e le progettazioni;

con i motivi aggiunti:

della nota 3.8.2010 prot. 11.3.1341;

del verbale 4.8.2010 prot. 11.3.1342;

di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto, consequenziali o comunque connesso,

nonché per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna al risarcimento dei danni

con il ricorso introduttivo:

della determinazione 30.7.2010, n. 11.1.1332, citata nella nota del RUP 2.8.2010, prot. 11.3.1334, con la quale il vice-presidente esecutivo del Comitato Italia 150 ha aggiudicato in via definitiva la procedura di appalto integrato per l'affidamento, la progettazione, l'esecuzione dei lavori ed allestimento delle mostre previste per i 150 anni dell'Unità d'Italia al raggruppamento temporaneo di imprese avente come capogruppo mandataria la CONTROINTERESSATA.srl; ha classificato il RTI ricorrente al secondo posto della graduatoria; ha approvato i verbali delle operazioni di gara; ha disposto in via d'urgenza l'avvio dell'esecuzione delle prestazioni dedotte in gara per la parte relativa alla progettazione esecutiva,

dei verbali della Commissione giudicatrice e gli ulteriori atti dell'Amministrazione, ivi compresa la dichiarazione del responsabile del procedimento in data 26.7.2010, allegata al verbale della seduta riservata n. 4 del 27.7.2010; degli ulteriori provvedimenti della Stazione appaltante che hanno approvato l'operato della Commissione di Gara; della nota del RUP in data 7.7.2010; della nota 21.7.2010; dei provvedimenti e dei verbali con i quali la Stazione appaltante ha consegnato anticipatamente le opere e le progettazioni;

con motivi aggiunti:

della nota 3.8.2010 prot. 11.3.1341;

del verbale 4.8.2010 prot. 11.3.1342;

di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto, consequenziale o comunque connesso,

nonché per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, dell'obbligo dell'Amministrazione di aggiudicare l'appalto integrato per cui è causa al RTI ricorrente e quindi stipulare in contratto con l'RTI ricorrente o, in subordine, di rinnovare integralmente la gara, e per la condanna al risarcimento dei danni;

con i due ricorsi incidentali:

del verbale di gara in data 6 luglio 2010 nella parte in cui è stata disposta l'ammissione della ricorrente in via principale alla verifica delle offerte tecniche; dei verbali di gara in data 8 luglio 2010/12 luglio 2010/20 luglio 2010/ 27 luglio 2010 nella parte in cui è stata valutata l'offerta tecnica della ricorrente principale che non avrebbe dovuto essere ammessa e nelle parte in cui è stato fatto proprio il giudizio del R.U.P. con riferimento al possesso dei requisiti di capacità economica -finanziaria e tecnico- organizzativi in capo al ricorrente in via principale;

del bando di gara e del disciplinare di gara nelle parti e per le ragioni meglio spiegate in diritto;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2010 la dott.ssa ***** e uditi per le parti i difensori Compaiono gli avv.ti ***** e ***** per la ricorrente; Montanaro per Comitato Italia 150; ***** e ***** per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR impugnando gli atti in epigrafe e deducendo, con ricorso principale e successivi motivi aggiunti, i seguenti vizi:

1) Violazione di legge con riferimento sia alle prescrizioni di gara previste a pena di esclusione dal disciplinare di gara sia all'art. 49 del d.lgs. 163/2006 in tema di avvalimento, sia alle disposizioni di cui al punto VI.3 ultimo capoverso del bando di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea valutazione e travisamento dei fatti.

Addebita in particolare la ricorrente all'amministrazione resistente di aver ritenuto ammissibile l'offerta della controinteressata la quale, in relazione alla progettazione, si è limitata ad "indicare" un progettista esterno senza ricorrere all'istituto dell'avvalimento;

2) Violazione di legge con riferimento alle prescrizioni sulle modalità di compilazione dei documenti di gara previste a pena di esclusione dal disciplinare e dal modello Allegato "C"; incompetenza; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea valutazione e travisamento dei fatti.

Contesta la ricorrente che l'aggiudicataria sia effettivamente in possesso, così come dichiarato, dei requisiti di qualificazione prescritti dalla legge di gara a pena di esclusione, in particolare di quelli economico-finanziari;

3) Violazione della *lex specialis*, con particolare riferimento alle prescrizioni contenute nel punto 2 lett a), c), c.1), v.7), v.8), v.11) e a p. 12 del disciplinare con riferimento all'art. 38 co. 1 lett. b) e c) del d.lgs. 163/2006, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e erronea valutazione per travisamento dei fatti; risulterebbero in particolare omesse le dovute dichiarazioni concernenti i requisiti morali di soggetti a vario titolo a ciò tenuti (ex amministratori, procuratori) in virtù delle cariche ricoperte e dei poteri esercitati nelle società partecipanti all'RTI aggiudicatario;

4) Violazione di legge con riferimento alle prescrizioni a p. 12 del disciplinare e al paragrafo "n.b." dell'allegato B, nonché violazione di legge con particolare riferimento all'art. 1 del d.l. 692/82 in materia di "modello GAP", per mancata allegazione del suddetto modello da parte di taluni dei componenti l'RTI aggiudicatario;

in subordine lamenta parte ricorrente

5) Violazione degli artt. 84 e 48 co. 1 del d.lgs. 163/2006 e dei principi in materia di funzionamento delle Commissioni di gara, del punto 2 pag. 19 del disciplinare nonché la violazione della par condicio tra concorrenti e dei principi di buon andamento e imparzialità della PA, dell'art. 97 Cost. e il difetto di motivazione, in quanto la valutazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa sarebbe stata effettuata dal solo presidente di commissione nella sua qualità di responsabile del procedimento, in violazione della collegialità della valutazione nonché concedendo una illegittima proroga del termine assegnato all'aggiudicataria per la prova dei requisiti di qualificazione.

Con ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha ulteriormente dedotto i seguenti motivi:

6) Violazione di legge con riferimento alle prescrizioni del disciplinare di gara e ai principi di evidenza pubblica nella selezione del contraente nonché della par condicio, difetto di motivazione e eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà e perplessità degli atti di gara, evidenziando che il disciplinare prevedeva quattro elementi di valutazione tecnica, con riferimento a differenti allestimenti; tra questi un ruolo fondamentale rivestivano le opere previste per la mostra “Stazione Futuro”; la stazione appaltante, pur avviando d’urgenza la progettazione esecutiva, ha escluso da tale avviamento la suddetta mostra, con ciò sostanzialmente modificando l’oggetto del contratto.

Chiede pertanto l’accoglimento del ricorso, con annullamento degli atti impugnati e declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante, con ordine di rinnovazione della gara, ovvero subentro nel contratto o ancora risarcimento del danno, da quantificarsi nell’utile atteso dalla commessa e nelle spese di partecipazione sostenute o, in subordine, da determinarsi in via equitativa.

Con primo ricorso incidentale la controinteressata ha impugnato gli atti in epigrafe lamentando:

1) Violazione di legge con riferimento all’art. 53 co. 3 del d.lgs. 163/2006 da parte del bando di gara là dove il medesimo dovesse essere interpretato nel senso di non consentire la mera “indicazione” di un progettista esterno in sede di offerta;

2) Violazione del punto 2 lett. g) del disciplinare e dell’art. 48 d.lgs. 163/2006, nonché eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche, in particolare per difetto di istruttoria e mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione da parte della mandante Ricorrente 2 s.r.l.;

3) Violazione della sezione III. 2 del bando di gara e del punto 2 lett. 1 del disciplinare di gara nonché eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, in particolare per difetto di istruttoria e mancanza di poteri rappresentativi in capo all’incaricato da parte della ricorrente di effettuare il sopralluogo prescritto

dalla legge di gara a pena di esclusione;

4) Violazione del punto 2 lett. c) del disciplinare di gara e dell'allegato b) della lex specialis, nonché dell'art. 38 lett. c) del d.lgs. 163/2006, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche, per difetto di istruttoria per mancata presentazione della dichiarazione prescritta dall'art. 38 d.lgs. 163/2006 da parte dell'amministratrice *****.

Con secondo ricorso incidentale la controinteressata lamenta:

5) Violazione dell'art. 38 co. 1 lett. g) del d.lgs. 163/2006 e violazione della lex specialis di gara, nonché violazione dell'art. 3 del d.lgs. 163/2006, e eccesso di potere per sussistenza in capo alla ricorrente di una violazione tributaria definitivamente accertata;

6) Violazione di legge con riferimento agli artt. 35 e 48 del d.lgs. 163/2006 nonché manifesta contraddittorietà e illogicità della condotta dell'amministrazione resistente, in quanto al consorzio stabile RICORRENTE 5, parte dell'RTI ricorrente, ha documentato i requisiti prescritti ai fini della partecipazione con riferimento ad attività svolte dalle consorziate in proprio;

7) Violazione di legge con riferimento all'art. 53 del d.p.r. 554/99 nonché eccesso di potere perché il suddetto consorzio non risulta "accreditato" presso il Casellario dell'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici di lavori servizi e forniture.

Chiede pertanto respingersi il ricorso principale.

L'analisi delle censure procede dai motivi di ricorso principale poiché, benché la ricorrente incidentale

abbia evidenziato possibili cause di esclusione della ricorrente principale dalla procedura, è pacifico che solo i due RTI in giudizio hanno partecipato alla procedura, classificandosi la ricorrente al secondo posto, sicchè entrambe le parti mantengono interesse ad una eventuale reciproca esclusione.

Si ritiene che il primo motivo di ricorso sia fondato e, per contro, infondato il connesso primo motivo di ricorso incidentale che contesta, sotto il medesimo profilo, la legge di gara.

Recita l'art 53 co. 3 del d.lgs. 163/2006:

“Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto”.

Sulla specifica questione del “progettista indicato” nell'appalto integrato si è recentemente espresso il giudice d'appello (Cons. St. sez. V 13.10.2010 n. 7471), riformando una decisione di questo TAR. Ritiene il collegio di adeguarsi nel caso di specie alla giurisprudenza del giudice superiore. Ha statuito il Consiglio di Stato che: “l'art. 53 terzo co. del codice dei contratti espressamente consente agli operatori economici, i quali non siano in possesso dei requisiti prescritti per i progettisti, la facoltà di “avvalersi di progettisti qualificati da indicare nell'offerta”, in alternativa alla possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese. Tale espressione deve essere letta in relazione di complementarietà con l'art. 49 medesimo e con gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18 che consentono al concorrente, in relazione ad una specifica gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.”

Prosegue il Consiglio di Stato argomentando, nel caso specifico, sia alla luce della *lex specialis* di gara, sia sostenendo la riconducibilità al concetto di “operatore economico” e “concorrente” utilizzato dalle direttive in materia di avvalimento anche del singolo progettista “indicato”, nonché avvalorando la legittimità della possibile scelta della stazione appaltante di circoscrivere all’ipotesi di “avvalimento” in senso tecnico l’individuazione di un “professionista indicato” esterno all’impresa concorrente; tanto resterebbe valido anche qualora dovesse accedersi ad una più ampia lettura del disposto normativo che ammetta, in ragione della peculiarità della prestazione del professionista-progettista nonché dell’evoluzione storica dell’istituto, una mera “indicazione” del progettista esterno che prescindendo dall’avvalimento.

Quest’ultima argomentazione confuta innanzitutto, ai fini del presente giudizio, la tesi di cui al primo motivo di ricorso incidentale; sostiene infatti la ricorrente incidentale che, qualora la legge di gara venisse interpretata nel senso che “l’indicazione del progettista” è vincolata ad un’ipotesi di “avvalimento”, lo stesso bando si porrebbe in contrasto con l’art. 53 del d.lgs. 163/2006. Come evidenziato nella citata pronuncia del Consiglio di Stato l’art. 49 e l’art. 53 del d.lgs. 163/2006 devono e possono essere letti coordinandoli tra loro sicché ben è possibile che la stazione appaltante, nell’ambito della sua discrezionalità nell’individuare le condizioni di gara, limiti la possibilità di “indicare” un professionista esterno al caso in cui venga utilizzato l’istituto dell’avvalimento.

Occorre pertanto preliminarmente valutare se, nella presente vicenda, il dettato della legge di gara autorizzi la lettura, propugnata nel ricorso principale, che circoscrive le ipotesi di valida “indicazione di progettista esterno” ad ipotesi di avvalimento.

Pare al collegio che la tesi di parte ricorrente sia fondata poiché ogni punto della legge di gara riferibile all’ “indicazione” del professionista esterno invoca contemporaneamente e univocamente l’avvalimento ed in questi soli termini configura l’indicazione di un soggetto esterno.

Il punto h) a p. 5 del disciplinare, là dove elenca la documentazione che “a pena di esclusione” (cfr. p. 2 del disciplinare) deve essere contenuta nella busta, indica tre sole alternative di dichiarazione da parte del

concorrente (da h1 a h3) in relazione ai requisiti di qualificazione della progettazione esecutiva:

“h1) dichiarazione di possedere in proprio i requisiti di cui ai punti III.2.2) lett. b) e III.2.3 lett. e), f) e g) del bando riportati alle successive lettere. V1), v2), v3) e v4);

ovvero, h2) di non possedere in proprio i requisiti di cui ai punti III.2.2) lett. b) e III.2.3 lett. e), f) e g) del bando e di concorrere in Raggruppamento Temporaneo con uno o più soggetti di cui all’art. 90 co. 1 lett. d), e),f), fbis), g) e h) d.lgs. 163/2006, in possesso dei predetti requisiti, riportati alle successive lett. v1), v2), v3 e v4);

ovvero h3) di non possedere in proprio i requisiti di cui ai punti III.2.2 lett. b) e III.2.3 lett. e), f) e g) del bando e di volersi avvalere, ai sensi dell’art. 49 d.lgs. n. 163/2006 e previa redazione delle dichiarazioni inerenti l’avvalimento di cui alla successiva lett. s), di uno o più soggetti di cui all’art. 90, c.1, lett. d), e), f), fbis), g), h), d.lgs. 163/2006, nominativamente indicati in sede di offerta, in possesso dei predetti requisiti, riportati alle successive lett. v1), v2), v3 e v4.”

Appare chiaro, già da un punto di vista formale, che tre e solo tre sono le alternative ammesse dal disciplinare, e dettate quali prescrizioni a pena di esclusione; esse implicano o il possesso in proprio della qualificazione per la progettazione, o la costituzione di un RTI con soggetti qualificati, ovvero ancora “l’indicazione nominativa” di progettisti di cui ci si deve “avvalere”, con contestuale prescrizione di compilare tutta la documentazione inerente l’avvalimento in senso tecnico.

Sostengono parte resistente e parte controinteressata che la lettura delle fattispecie deve tenere conto del successivo paragrafo, nelle cui “pieghe” sarebbe evincibile una generica ipotesi di “indicazione”, anche a prescindere dall’avvalimento.

Prosegue infatti sul punto la legge di gara:

“Si precisa che gli operatori economici in possesso dell’attestazione SOA per prestazioni di sola esecuzione devono possedere i requisiti previsti per i progettisti riportati alle successive lett. v1), v2), v3) e v4), attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i progettisti di cui all’art. 90, c.1, lett. d), e), f), fbis), g), h), d.lgs. 163/2006.

Gli operatori economici in possesso dell’attestazione SOA per prestazioni di progettazione e costruzione devono possedere i requisiti previsti per i progettisti riportati nelle successive lett. v1), v2), v3), v4), attraverso l’associazione o l’indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all’art. 90 c. 1 lett. d), e), f), fbis), g), h), d.lgs. 163/2006, laddove i predetti requisiti non siano dimostrati attraverso il proprio staff di progettazione”.

Deve innanzitutto evidenziarsi che il sovra riportato dictum, anche solo da un punto di vista letterale-topografico, è inserito nel bando non quale “ulteriore” modalità di “indicazione del progettisti” bensì quale precisazione alla luce della quale devono essere lette e conformate le tassative modalità riportate nell’elenco “chiuso” immediatamente precedente; il bando si incarica di esplicitare che le uniche tre possibili modalità di presentazione dell’offerta in relazione alla progettazione appena elencate si combinino con il possesso e il non possesso dell’attestazione SOA per la progettazione; in particolare se il concorrente non possiede tale attestazione il medesimo, anche se per ipotesi avesse progettisti nel suo staff, dovrà necessariamente costituire un RTI (ipotesi h2) ovvero “indicare” un progettista esterno di cui “avvalersi” (ipotesi h3 nella quale, si ribadisce, è chiarito inequivocabilmente che all’“indicazione nominativa” si affianca l’avvalimento); per la diversa ipotesi in cui il concorrente possieda l’attestazione SOA anche per la progettazione ben potrà utilizzare tutti e tre i moduli partecipativi, ossia il proprio staff di progettazione, l’RTI e l’indicazione-avvalimenti di un progettista esterno in possesso dei requisiti di cui all’art. 90 d.lgs. 163/2006.

L’interpretazione proposta trova conferma nella successiva lett v) del disciplinare riferita alle dichiarazioni che devono essere presentate, sempre a pena di esclusione, del soggetto incaricato della

progettazione ove, prima appunto di elencare le dichiarazioni prescritte per il progettista, sostanzialmente si ricapitolano le modalità di individuazione del progettista, sempre dando per assunto che tre e solo tre siano i moduli partecipativi (cfr. p 8 del disciplinare) del progettista: “ciascun progettista facente parte dello staff di progettazione, in caso di operatore economico in possesso di attestazione SOA per progettazione ed esecuzione ovvero partecipante in Raggruppamento Temporaneo con l’operatore economico concorrente o del quale quest’ultimo intende avvalersi, ai sensi dell’art. 49 d.lgs. n. 163/2006, indicato nominativamente già in sede di offerta, in caso di operatore economico in possesso di attestazione SOA per sola esecuzione..” Nuovamente la legge di gara presuppone tre sole possibilità (distinte dalla disgiuntiva o/ovvero) ricapitolate alla luce della qualificazione o meno in proprio del concorrente anche per la progettazione: la realizzazione con il proprio staff, l’RTI, ovvero l’indicazione nominativa previo avvalimento. Quest’ultima che costituisce un’unica ipotesi, tant’è che non si legge “del quale intende avvalersi ai sensi dell’art. 49 del d.lgs. 163/2006” ovvero “indicato”, bensì un’unica fattispecie, come già il punto h3), ossia l’“indicazione” di un soggetto avvalso.

Si ritiene pertanto che la dizione della legge di gara, come già nel simile caso deciso dal giudice d’appello, autorizzasse, a pena di esclusione, due sole possibilità di individuazione di progettisti esterni allo staff, per le società prive di attestazione SOA per la progettazione: l’RTI ovvero l’indicazione nominativa di un soggetto in avvalimento.

Così intesa la legge di gara è pacifico che l’aggiudicataria la abbia violata: essa ha “indicato” un progettista esterno senza utilizzare l’istituto dell’avvalimento; diviene altresì ultroneo valutare se, in termini generali ed alla luce dell’art. 53 del d.lgs. 163/2006, residui spazio per una “indicazione” del progettista che prescindendo dall’avvalimento poiché, come evidenziato, era quantomeno la legge di gara a porre il vincolo dell’avvalimento e tale vincolo non è ex se distonico con il complessivo sistema del d.lgs. 163/2006.

Individuate le modalità ritenute necessarie a pena di esclusione per la partecipazione, la stazione appaltante non poteva ovviamente disattenderle ai fini dell’ammissione dei concorrenti.

Ulteriore violazione della legge di gara si rinviene poi, come censurato con il terzo motivo di ricorso principale, in relazione alla mancata prescritta dichiarazione da parte del signor *****, ex amministratore della Controinteressata 4 s.p.a., mandante dell'RTI aggiudicatario, cessato dalla carica di consigliere amministratore delegato in data 27.8.2008, e quindi nel triennio antecedente la pubblicazione del bando.

Deve premettersi che non pare invocabile, nel caso di specie, l'orientamento, certamente correttamente più attento alla sostanza che alla forma, che ha visto alcune delle pronunce del giudice di appello affermare che la mancanza di talune delle dichiarazioni prescritte dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006 non è di per sé sola causa di esclusione da una gara se nel concreto si riscontra che i soggetti per i quali esse sono state "omesse" non versavano in alcuna delle condizioni ostative alla partecipazione. Anche in questo caso non può infatti prescindere dalla circostanza che la legge di gara, nel caso di specie, univocamente prescriveva che: nella busta A "a pena di esclusione" dovevano essere contenuti i "seguenti documenti" ... 2 c), "c1) dichiara che non vi sono soggetti cessati dalla carica ai sensi dell'art. 38 c.1 lett. c) d.lgs. n. 163/2006, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando ovvero dichiara che, in riferimento ai soggetti cessati dalla carica ai sensi dell'art. 38 c.1 lett. c) d.lgs. n. 163/2006 nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara (2007/2009), non sono state pronunciate sentenze di condanna..." ecc..

Pertanto era la legge di gara a prescrivere la immediata presentazione della suddetta documentazione "a pena di esclusione" e tale prescrizione, non impugnata, non pare ex se contestabile (né per altro la legge di gara è stata impugnata per questo aspetto) là dove tende a favorire una immediata presentazione delle prescritte dichiarazioni, a prescindere dalla loro veridicità sostanziale. D'altro canto "il diritto comunitario non osta a che la selezione imponga adempimenti formali a pena di esclusione, in funzione di accelerazione" (C. Stato sez. VI, 24.6.2010, n. 4016); ancora "la sezione non intende deflettere dalle consolidate acquisizioni della giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui la violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla lex specialis esprime la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio che non può essere superato dall'opposto principio del favor participationis (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567; sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254)" (C. Stato sez. V 6498/08).

Alla luce del suddetto principio deve considerarsi che anche gli indirizzi più sostanzialisti debbono tuttavia coordinarsi nel caso specifico con un preciso e non contestato dictum della legge di gara.

Parte ricorrente lamenta, nel terzo motivo di ricorso, tutta una serie di presunte omesse dichiarazioni con riferimento a soggetti a vario titolo muniti di poteri di rappresentanza nell'ambito dell'RTI aggiudicatario; la contestazione parte dall'assunto che ogni "rappresentante", come tale includendo anche semplici procuratori, sia per ciò solo tenuto e rendere le suddette dichiarazioni. L'assunto prova troppo poichè, benché paia condivisibile quella giurisprudenza che, con precipue finalità anti-elusive, considera tenuti a dichiarare i requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 anche i soggetti che, pur privi della formale carica di amministratore, siano di fatto investiti di ampi poteri gestori, la tesi presuppone appunto l'allegazione e prova che si tratti di soggetti muniti di tali "ampi poteri" da essere assimilabile ad un amministratore e non concerne qualsivoglia procuratore.

Tanto premesso, tuttavia, la censura coglie nel segno, come evidenziato, limitatamente alla specifica posizione del signor *****.

Si evince infatti dalla visura camerale in atti della Controinteressata 4 s.p.a (doc. 20 di parte ricorrente) che in data 27.8.2008 veniva a cessare dalla carica di "consigliere amministratore delegato" il signor *****, con ampi poteri appunto consoni alla qualifica di "consigliere amministratore delegato". E' pacifico che, in relazione a detto soggetto, la Controinteressata 4 s.p.a. non ha presentato la prescritta dichiarazione né soccorre all'uopo, come già evidenziato, la circostanza che l'aggiudicataria abbia depositato in giudizio la dichiarazione resa dal signor ***** (cfr. doc. 31 di parte controinteressata da cui si evince conferma che il Ferro è "amministratore cessato" nel triennio della Controinteressata 4 s.p.a.).

Come si evince dal doc. 19 di parte ricorrente per la Controinteressata 4 s.p.a. è stata resa le seguente dichiarazione (p. 4 del modello): "che, in riferimento ai soggetti, di seguito riportati, cessati dalla carica di cui all'art. 38 c.1 lett. c) d.lgs. 163/2006 e s.m.i., nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara non sono state pronunciate sentenze....: *****", direttore tecnico nominato con atto dell'8.2.2006, durata in carica per tre anni".

Ne deriva che la Controinteressata 4 s.p.a., con riferimento ai soggetti cessati dalla carica, ha reso una dichiarazione specificamente riferita ad ***** , omettendo ogni dichiarazione con riferimento a Ferro Adriano.

La ritenuta fondatezza degli esposti due motivi di ricorso pare idonea e sufficiente all'assorbimento delle ulteriori doglianze di cui al ricorso principale.

Poiché tanto porta all'accoglimento del ricorso principale devono essere valutati i motivi di ricorso incidentale.

Quanto al primo motivo, già se ne è ritenuta l'infondatezza analizzandolo congiuntamente al primo motivo di ricorso principale.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale si contestano i requisiti di qualificazione della Ricorrente 2 s.r.l. Afferma la ricorrente che la legge di gara prescriveva che i requisiti di partecipazione dovessero essere proporzionati alla quota di partecipazione a eventuale raggruppamento temporaneo o consorzio concorrente e la Ricorrente 2 s.r.l. ha partecipato in RTI con la Allestimenti Arianesi dichiarando di svolgere il 74,78% della prestazione "forniture allestimenti e scenografie" mentre il 25,22% della prestazione era di competenza della Allestimenti Arianesi. A fronte di ciò la Ricorrente 2 s.r.l. documentava il possesso dei requisiti di qualificazione solo in relazione agli allestimenti e nulla documentava in relazione alle scenografie; per contro la società avrebbe dovuto documentare il 74,78% dei requisiti di qualificazione con riferimento tanto agli allestimenti che alle scenografie.

Il punto g) del disciplinare prevede i requisiti di qualificazione relativi alla voce complessivamente denominata "allestimenti e scenografie" per la quale si richiedeva la prova di un fatturato globale di € 4.000.000,00; anche per questo punto si ribadisce il principio che per i componenti di RTI concorrenti i requisiti di qualificazione devono essere proporzionati alla quota di partecipazione al raggruppamento ma

si puntualizza che la prestazione di cui ai punti g 2.1 (almeno un allestimento di mostre o musei o manifestazioni fieristiche di importo inferiore a € 800.000,00) e g.2.2 (almeno una scenografia per rappresentazioni teatrali o opere liriche di importo non inferiore a € 100.000,00) non era frazionabile a pena di esclusione.

Come evidenziato dalla difesa di parte ricorrente dall'offerta risulta la Allestimenti Ricorrente 4 avrebbe dovuto svolgere il 100% delle prestazioni inerenti il requisito non frazionabile relativo alla scenografia, requisito pertanto da questa sola dimostrato al 100%, fermo il possesso da parte dell'RTI complessivamente dei requisiti globali richiesti.

Il motivo si ritiene pertanto infondato.

Il terzo motivo di ricorso incidentale è stato espressamente rinunciato dalla controinteressata.

Il quarto motivo di ricorso incidentale censura l'offerta dell'aggiudicataria per la mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 in relazione alla signora *****
amministratore della Edil Atellana soc. cooperativa, altra mandante dell'RTI ricorrente.

La vicenda dell'amministratore ***** (che ha presentato in giudizio la prescritta dichiarazione) presenta una assoluta peculiarità; costei è stata nominata amministratore lo stesso giorno di scadenza del termine di presentazione delle offerte. E' pacifico che non rivestiva tale qualità al momento della presentazione dell'offerta e certamente per tale ragione in quel momento non avrebbe potuto né dovuto rendere alcuna dichiarazione, che è stata correttamente resa dall'amministratore in quel momento in carica. Obietta parte controinteressata che la ricorrente avrebbe tuttavia dovuto presentare una dichiarazione integrativa attestante i requisiti in capo a ***** l'ultimo giorno di scadenza del bando; pare al collegio che simile onere non sia imponibile alla ricorrente. In particolare non si evince dagli atti ad esempio in quale ora la ***** sia risultata nominata amministratore, sicchè neppure è possibile valutare se materialmente,

dopo tale nomina, residuasse un margine di tempo utile per presentare alla stazione appaltante la prescritta dichiarazione. E' per contro pacifico e documentale che nessun intento elusivo può esservi stato nella scelta di tale momento di nomina, poichè pacificamente ***** è in possesso dei prescritti requisiti che ha debitamente attestato in giudizio (doc. 41 di parte ricorrente).

Ritiene il collegio che, per la peculiarità della situazione, il motivo di ricorso incidentale non possa trovare accoglimento, non potendosi che intendere l'onere di dichiarare il prescritto requisito, in tale specifico caso limite, successivamente integrabile nel corso della gara; altrimenti opinando si rischia di concludere nel senso della assoluta impossibilità di partecipazione della ricorrente alla gara, pur in assenza di sostanziali preclusioni alla medesima.

Con secondo ricorso incidentale parte controinteressata ha lamentato la sussistenza in capo alla ricorrente di una violazione tributaria definitivamente accertata che ne avrebbe imposto l'esclusione. Come documentato in atti (doc. da 48 a 50 bis di parte ricorrente), e ampiamente motivato dalla commissione nel verbale di gara del 27.7.2010 (cfr. doc. 13 di parte ricorrente), risulta che la ricorrente ha avuto più contenziosi tributari, regolarmente denunciati negli atti di gara; di questi taluni hanno portato ad un annullamento degli atti impositivi emessi nei confronti della ricorrente, altri hanno portato ad un saldo del dovuto e, per altri, la ricorrente risulta aver "diffidato" l'agenzia delle entrate a procedere alla liquidazione del dovuto all'esito di un contenzioso ad essa parzialmente favorevole, proprio per consentire alla ricorrente di eliminare la pendenza ostativa alla partecipazione a gare. La stessa ricorrente ha autorizzato l'agenzia delle entrate a disporre una compensazione con un credito IVA dalla medesima vantato.

Ne consegue che il debito tributario non pare obiettivamente esigibile, in quanto non liquido. Evidenzia parte ricorrente incidentale come la pacifica giurisprudenza del giudice d'appello ritiene irrilevanti le giustificazioni di carattere soggettivo in relazione alle inadempienze tributarie; la attestata mancata liquidazione del credito da parte dell'ufficio, pur a fronte di una diffida, non può essere qualificata giustificazione "soggettiva"; essa è piuttosto un dato "oggettivo" ed indipendente dalla ricorrente in quanto estranea alla sua sfera di dominio.

Si ritiene dunque sul punto corretto l'operato della commissione che ha ammesso la ricorrente in gara.

Infondato pare anche il sesto motivo di ricorso incidentale, con il quale si censura l'operato della commissione nella parte in cui ha ammesso il consorzio stabile RICORRENTE 5, mandante dell'RTI ricorrente, che si è qualificato tramite i requisiti dei propri consorziati.

Evidenzia la ricorrente incidentale che l'art. 35 del d.lgs. 163/2006, in relazione ai requisiti di qualificazione dei concorrenti di cui all'art. 34 lett. c) (i consorzi stabili) ammette, solo e limitatamente all'organico, ai mezzi d'opera e alla disponibilità delle attrezzature, che siano computati cumulativamente in capo al consorzio anche i requisiti delle consorziate; tanto non varrebbe quindi per i diversi requisiti di carattere tecnico-finanziario, come avvenuto nel caso di specie.

Trascura la ricorrente incidentale che lo stesso art. 35 rinvia all'emanando regolamento per la qualificazione dei consorzi e che è immediatamente seguito dall'art. 36 che, se pure in materia di appalti di lavori, detta una articolata disciplina che consente la sommatoria delle qualifiche dei singoli consorziati ai fini della qualificazione.

Come noto il nuovo regolamento, cui rinvia l'art. 35, benché adottato, non è allo stato ancora entrato in vigore; ritiene tuttavia al collegio che non possa trascurarsi il contesto sistematico in cui la disciplina si colloca e che tale contesto induca a ritenere la sommatoria dei requisiti ammissibile.

Non ignora il collegio che il Consiglio di Stato sez. V nella pronuncia 6598/2008 ha statuito:

“a) la norma sancita dal più volte menzionato art. 36, co. 7, si limita a riprodurre analoga disposizione prevista dall'art. 11, l. n. 109 del 1994 relativamente ai soli contratti di appalto di lavori pubblici;

b) il codice degli appalti ha, in parte qua, innovato ammettendo in generale che i consorzi stabili possano partecipare a tutte le gare di appalto (di servizi, forniture e lavori) limitando però la possibilità che il consorzio si avvalga delle qualificazioni possedute dalle imprese consorziate nei soli casi di appalti di lavori;

c) il sistema della qualificazione delle imprese riguarda storicamente solo quelle impegnate nel settore dei lavori pubblici; tanto è vero questo che ai consorzi generici operanti nel settore dei servizi e delle forniture si applica l'art. 35 del d.lgs. n. 163 cit. in forza del quale solo i requisiti delle attrezzature e dell'organico medio sono dimostrabili tramite le consorziate mentre, per tutto il resto, sono i consorzi che devono dimostrare di possedere in proprio i requisiti richiesti.

Deve concludersi pertanto nel senso che la possibilità che il consorzio stabile si qualifichi sulla base delle qualificazioni possedute dalla singole imprese consorziate, prevista dall'art. 36, co.7, d.lgs. n. 163 del 2006, si riferisce ai soli contratti di appalto di lavori.”

La tesi non pare condivisibile.

Pare innanzitutto non corretta l'affermazione secondo cui “il comma 7 dell'art. 36 si limita a riprodurre analoga disposizione prevista dall'art. 11 della l. 109/94”.

Si riporta il testo dell'art. 11 della l. 109/94:

“I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei lavori ai soggetti di cui all'articolo 10, comma 1, lettere b) e c) (consorzi stabili), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi secondo quanto previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 gennaio 1991, n. 55, o dal regolamento di cui all'articolo 8, comma 2, della presente legge, salvo che per i

requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.”

La norma risulta quindi identica non all'art. 37 co. 6, che articola dettagliatamente i criteri per realizzare la sommatoria dei requisiti dei consorziati nell'appalto di lavori, quanto piuttosto proprio all'art. 35 del d.lgs. 163/2006, dettato in relazione alla restanti tipologie di appalti.

Recita infatti testualmente tale ultimo articolo: “I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c) (consorzi stabili), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

Se si esclude l'ovvia differenza del richiamo ai diversi e coevi testi regolamentari la dizione è identica.

L'art. 11 della l. 109/94 è poi stato attuato nel d.p.r. 554/99 con l'art. 97, il quale, al comma 2, ha, in linea di principio, introdotto la facoltà di sommare i requisiti delle consorziate ai fini della qualificazione; neppure sotto questo profilo la normativa appare identica all'art. 36 co. 7 ove, pur sancendo in generale articolati meccanismi di sommatoria delle qualifiche dei consorziati, si specificano requisiti minimi imposti in capo a ciascun consorziato; il testo dell'art. 97 del d.p.r. 554/99 si ritrova infatti non nell'art. 36 co. 7 del codice, bensì nell'art. 94 del nuovo regolamento.

Neppure pare condivisibile la tesi per cui l'art. 36 comma 7 non possa che riferirsi “solo agli appalti di lavori” poiché esso espressamente regola quantomeno anche i contratti di “progettazione e costruzione”.

In definitiva pare più logica una lettura coerente tanto del vecchio articolo 11 della l. 109/94 quanto del nuovo articolo 35 del d.lgs. 163/2006, che si pongono in perfetta simmetria e continuità nei seguenti termini: là dove il legislatore ha lasciato spazi alla successiva regolamentazione ha in effetti inteso ammettere che quest'ultima potesse imporre requisiti più stringenti di qualificazione (prescrivendone ad esempio dei minimi in capo alle consorziate esecutrici), eccezionali rispetto alla naturale conseguenza, consona al principio tanto del favor participationis che dell'integrazione organica dei consorziati nel consorzio stabile, della naturale facoltà di sommatoria dei requisiti dei consorziati; si è poi premurato, direttamente in sede legislativa, di precisare che il regolamento non avrebbe potuto comunque porre limiti al meccanismo della mera sommatoria dei requisiti dei consorziati quanto alla disponibilità delle attrezzature, dei mezzi d'opera, e dell'organico.

Nella sostanza la mancanza del regolamento non è la circostanza che impedisce che operi il naturale meccanismo della sommatoria ma piuttosto il "vuoto" che impedisce l'introduzione di eccezionali limiti al favor participationis, in difetto appunto di espressa disposizione di legge o di regolamento.

Coerentemente poi l'art. 277 co. 4 del regolamento in corso di pubblicazione ha stabilito che, in tema di servizi e forniture: "Per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo sono sommati; i restanti requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori." Per il primo aspetto il regolamento si limita a riprendere il disposto normativo; per il secondo aspetto si avvale della facoltà implicita nel dettato normativo di porre parametri specifici e più stringenti di qualificazione. Ciò che è demandato al regolamento, quindi, si ribadisce, non è di riproporre un meccanismo che è nel sistema, quanto di esercitare la facoltà di introdurre distinzioni nel medesimo. Infine, al di là della circostanza che nel caso di specie risulterebbero essere stati rispettati i parametri dettati dal nuovo regolamento, essendo stati indicati per la qualificazione i requisiti delle consorziate indicate come esecutrici, prima dell'entrata in vigore del regolamento non si comprende come possa essere introdotto per via giurisprudenziale un limite non evincibile dal dato normativo e contrario ai criteri generali che hanno guidato l'emanazione del codice quali quelli della massima partecipazione e della tendenziale omogeneizzazione della disciplina delle varie tipologie di appalti; né sembra coerente immaginare che, come anche osservato nella citata pronuncia del giudice d'appello, il legislatore del codice abbia sì inteso innovare "ammettendo in generale

che i consorzi stabili possano partecipare a tutte le gare di appalto (di servizi, forniture e lavori)” e dall’altra porre implicite barriere alla partecipazione dei medesimi. Ancora ha osservato la ricorrente che la norma di fatto impedirebbe ai consorzi stabili di prima costituzione proprio in vista di una gara di “auto qualificarsi”; è per vero che i medesimi potrebbero ricorrere all’avvalimento ma pare anche in tal caso poco congruente imporre tale ulteriore onere a soggetti che già hanno ritenuto di costituirsi in automa struttura stabile ben distinta dai singoli partecipanti proprio ai fini della gara.

Non si ritiene quindi che il motivo possa trovare accoglimento.

Con ultimo motivo di ricorso incidentale l’aggiudicataria censura la mancata esclusione della ricorrente per omesso accreditamento della stesso presso il Casellario dell’Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Si ritiene che tale omissione, se pure potrebbe comportare l’addebito di irregolarità amministrative alla ricorrente, non costituisca ovviamente requisito di partecipazione a pena di esclusione.

I motivi dei due ricorsi incidentali devono pertanto essere complessivamente respinti.

Ne consegue l’annullamento degli atti impugnati per accoglimento del ricorso principale.

A tale accoglimento non si ritiene tuttavia che possa fare seguito l’accoglimento della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato tra l’amministrazione e l’RTI controinteressato.

Certamente non ricorre nel caso di specie nessuna delle gravi violazioni di cui all’art. 121 co. 1 del codice del processo amministrativo.

L'art. 122, applicabile, consente margini di valutazione in relazione alla declaratoria di inefficacia del contratto alla luce dei contrapposti interessi.

Si evince dagli atti di gara che l'oggetto, "procedura relativa all'appalto integrato per l'affidamento della progettazione esecutiva, dell'esecuzione dei lavori e dell'allestimento delle mostre, nonché delle prestazioni annesse alle manifestazioni previste per i festeggiamenti dei 150 anni dell'unità d'Italia che si svolgeranno all'interno dell'edificio H delle Officine Grandi Riparazioni di Torino", è connesso a tempistiche stringenti e predefinite; se l'attività posta a base di gara è finalizzata alla realizzazione di mostre ed eventi pre-programmati con tempi stringenti, di appuntamenti predefiniti nonché a prestazioni sostanzialmente uniche una volta scelto il tipo di allestimento da progettare e quindi eseguire, la cronologia dei lavori assume ex ante la naturale caratteristica di essere scandita da termini essenziali, caratteristica per altro nota a tutti i concorrenti.

In accoglimento delle tesi difensive tanto della controinteressata che dell'amministrazione resistente, si ritiene quindi sussistere un superiore interesse pubblico che giustifica il mancato travolgimento del contratto, poiché l'opposta soluzione rischierebbe, alla luce delle esigenze e tempistiche già evidenziate nella procedura ben prima dell'instaurarsi del contenzioso, di non dare tutela sostanziale a nessuno, rendendo il lavoro, così come complessivamente concepito a monte per la gara non più realizzabile in tempo utile.

Né vale obiettare che le tempistiche potrebbero essere ridefinite.

*****è ciò non sia astrattamente nè teoricamente impossibile ritiene tuttavia il collegio, a fronte della difesa dell'amministrazione che ribadisce la cogenza delle ragioni cronologiche semplicemente insistendo nelle tempistiche palesate nella procedura e non costruite ai fini del giudizio, di non potersi sovrapporre alle valutazioni dalla medesima espressa. Sin dal bando si è infatti chiarito che i festeggiamenti cui la gara è connessa si svolgeranno dal 17 marzo al 20 novembre 2011 e il successivo "disallestimento" si svolgerà dal 21 novembre al 31 dicembre; si legge poi che il sopralluogo obbligatorio dovrà effettuarsi entro il 30.6.2010; risulta quindi allegato un cronoprogramma. Né le tempistiche, ex se insite in qualunque

programmazione di lavori, sono sì per sé suscettibili di slittamento essendo come ovvio la prestazione legata ad una manifestazione di anniversario che ha senso se e solo se realizzata al momento dello stesso.

Da un lato quindi la “pre-definizione” della cogenza dei termini rispetto al giudizio esclude una loro artefatta rappresentazione limitata a questo contesto; dall’altro solo l’amministrazione in sede difensiva avrebbe potuto rinunciare ai termini dalla stessa pre-definiti, senza che ciò paia ulteriormente sindacabile dal tribunale.

Né infine rileva la presentazione da parte della ricorrente, questa sì effettuata ai fini della discussione, di documentazione tecnica di parte volta a dimostrare la teorica possibilità di una rimodulazione delle tempistiche; simile giudizio non potrebbe trarsi da mera attività difensiva di parte ma dovrebbe passare per un approfondimento tecnico d’ufficio svolto in contraddittorio (con connesso ulteriore allungamento dei tempi del giudizio, che porterebbero il medesimo ancor più a ridosso dell’inizio delle manifestazioni); pare ovvia la strutturale differenza tra una tesi addotta a scopi difensivi a valle del giudizio instaurato e la individuazione di elementi predefiniti come strutturali in una procedura, individuati dell’amministrazione nella propria insindacabile discrezionalità a prescindere da un giudizio pendente.

Non trovando quindi spazio la tutela in forma specifica alla luce dell’allegato interesse pubblico al completamento dell’attività così come nelle more iniziata, parte ricorrente non può che vantare un interesse di carattere risarcitorio.

Al fine dell’individuazione dei profili di responsabilità, sotto il profilo dell’elemento soggettivo, e quindi di una possibile colpa in capo all’amministrazione, si prende atto dei principi palesati dal giudice comunitario nella pronuncia Corte di Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010 in causa C-314/2009 secondo cui: “è importante rilevare che il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto ‘considerando’ della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell’amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di

responsabilità. Tale analisi risulta corroborata dal contesto e dall'obiettivo generale del mezzo di ricorso inteso al riconoscimento di un risarcimento, previsto dalla direttiva 89/665. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, gli Stati membri, pur essendo tenuti a prevedere mezzi di ricorso che consentano di ottenere l'annullamento di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice contraria alla normativa sugli appalti pubblici, sono legittimati, in vista dell'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665, a prevedere per questo tipo di ricorsi termini ragionevoli da osservarsi a pena di decadenza, e ciò per evitare che i candidati e gli offerenti possano in qualsiasi momento allegare violazioni della normativa suddetta, obbligando così l'amministrazione aggiudicatrice a riprendere l'intera procedura al fine di rimediare a tali violazioni. Inoltre, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 riconosce agli Stati membri la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento. In tale contesto, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice. Come rilevato dalla Commissione europea, poco importa al riguardo che, a differenza della normativa nazionale esaminata nella citata sentenza 14 ottobre 2004, Commissione/Portogallo, la disciplina in questione nel presente procedimento non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponga a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine. Infatti, quest'ultima normativa genera anch'essa il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante. Orbene la situazione sarebbe contraria all'obiettivo della direttiva 89/665, enunciato all'art. 1, n. 1, ed al terzo 'considerando' di quest'ultima, consistente nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici...l'accertamento della fondatezza di una domanda di risarcimento proposta dall'offerente pretermesso a seguito dell'annullamento di tale decisione da parte di un giudice amministrativo non può, per parte sua, essere subordinato ad una valutazione del carattere colpevole del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice chiamata in causa. Tenuto conto delle considerazioni che precedono la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale

subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.”

Il principio è tanto più calzante nel caso di specie in quanto si è ritenuta non accoglibile la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto riconoscendo un allegato interesse pubblico e precludere il risarcimento in forma specifica.

Residua pertanto la valutazione dell'esistenza del danno e del quantum risarcitorio.

Come già in precedenza essendo due sole le concorrenti ammesse alla gara ed essendosi la ricorrente classificata seconda, nonché non ritenendosi valide le censure che ne avrebbero potuto indurre l'esclusione, la ricorrente ha “perso” una aggiudicazione.

Da qui un danno che nella sua esistenza non pare discutibile; più problematica la sua quantificazione.

Parte ricorrente ha innanzitutto espressamente riservato di documentare le spese di partecipazione alla procedura, senza poi provvedere ad assolvere a tale prova, sicchè sul punto nulla può esserle riconosciuto.

Invoca poi la ricorrente l'applicazione del parametro equitativo del 10% della base d'asta al netto del ribasso invalso nella giurisprudenza amministrativa a titolo di quantificazione forfetaria di mancato utile. Premesso che parte ricorrente ha omesso di documentare l'entità reale e non ipotetica del mancato utile si evidenzia, come anche ritenuto nella pronuncia TAR Brescia 24.11.2010 n. 4552 e nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che: “ai fini della determinazione del quantum risarcitorio, nel caso

di annullamento dell'aggiudicazione di una gara, il criterio del 10% del prezzo a base d'asta - se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che un'impresa ritrae dall'appalto - non può essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, poiché rischierebbe di rendere il risarcimento dei danni più favorevole per l'imprenditore dell'impiego del capitale; appare invece preferibile l'indirizzo che esige la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5098). Tale principio trova oggi conferma nell'art. 124 del Codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) "subito e provato".

Nel presente giudizio, preso atto che la ricorrente non ha offerto parametri precisi quanto alla quantificazione dell'utile perduto, e ritenuto che il 10% non sia neppure un valido elemento presuntivo essendo dato anacronistico (desunto, come parametro equitativo, dalla disciplina del recesso unilaterale dettata dall'allegato F della l. 2248/1865), poiché è notorio, alla luce degli elevati ribassi che si palesano nelle procedure di gara, che del tutto eccezionale è oggi un contratto da cui l'aggiudicatario ricavi simile margine di utile, vi è tuttavia da evidenziare che parte ricorrente ha anche invocato il danno curriculare e versa nella peculiare posizione di certo aggiudicatario in assenza della controparte interessata.

Il danno curriculare è pacificamente ritenuto risarcibile dalla giurisprudenza e nel caso di specie è certo poiché la mancata esecuzione della prestazione pregiudica i vari componenti dell'RTI ricorrente che non potranno in futuro spendere l'esecuzione del contratto posto in gara a titolo di qualificazione; e tale danno, se si considera anche la peculiarità e "unicità" dell'oggetto della gara, ha una sua significativa rilevanza.

Si ritiene pertanto il medesimo equitativamente valutabile, unitamente all'utile perduto anche valutato in percentuale minima, nell'importo del 3% della base d'asta al netto del ribasso offerto, oltre accessori.

Il risarcimento spetta a ciascun componente l'RTI in proporzione alla sua percentuale di partecipazione al medesimo.

Stante l'evidente complessità della vertenza, che involge più opinabili profili di diritto, nonché il mancato integrale accoglimento delle domande di parte ricorrente, sussistono validi motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - sezione prima -

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

accoglie il ricorso principale nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e per gli effetti annulla gli atti impugnati;

respinge i ricorsi incidentali;

respinge la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e/o subentro nel medesimo;

condanna il Comitato Italia 150 a risarcire, a ciascuno dei componenti dell'RTI ricorrente in proporzione alla rispettiva partecipazione, il danno, da quantificarsi secondo i seguenti criteri:

3% della base d'asta al netto del ribasso offerto (19,88%) oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla sentenza al soddisfo;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Referendario

*****, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/al-fine-dell-individuazione-dei-profili-di-responsabilita-sotto-il-profilo-dell-elemento-s-oggettivo-e-quindi-di-una-possibile-colpa-in-capo-all-amministrazione-si-prende-atto-dei-principi-palesati/>