

N. 05003/2011REG.PROV.COLL.  
N. 10665/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10665 del 2010, proposto da:  
R.C.M. Costruzioni s.r.l. , Favellato Claudio s.p.a., Trombi Costruzioni s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in qualità rispettivamente di mandataria e mandanti di costituenda a.t.i., rappresentate e difese dagli avvocati Salvatore Napolitano e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Salvatore Napolitano in Roma, via Zara, 16;

*contro*

A.I.Po - Agenzia Interregionale per il fiume Po, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Ermes Coffrini, Massimo Colarizi, Paolo Michiara, Fabrizio Mozzillo, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, via Panama, 12;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZ. STACCATA DI

PARMA: SEZIONE I n. 00507/2010, resa tra le parti, concernente  
ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA APERTA PER  
L'AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE ESECUTIVA ED  
ESECUZIONE LAVORI DI REALIZZAZIONE NUOVA CONCA DI  
ISOLA SERAFINI - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aipo-Agenzia Interregionale per il  
fiume Po e di Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC Società  
Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2011 il Cons. Roberto  
Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Colarizi e Michiara e  
l'avvocato dello Stato Marchini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1

Le imprese qui appellanti R.C.M. Costruzioni s.r.l., Favellato Claudio s.p.a.,  
Trombi Costruzioni s.r.l. (in costituenda a.t.i.) avevano partecipato alla gara  
a suo tempo indetta dall'Agenzia regionale per la navigazione interna -  
A.R.N.I. (poi Agenzia interregionale per il fiume Po - A.I.Po) per  
l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di  
realizzazione della nuova conca di navigazione di Isola Serafini sul fiume  
Po, nel Comune Monticelli d'Ongina (Piacenza).

Le imprese medesime (ricorrenti in primo grado) risultarono prime in  
graduatoria e dunque aggiudicatarie provvisorie della gara.

In sede di verifica delle dichiarazioni, la stazione appaltante però riscontrò  
vizi che portarono all'esclusione del medesimo raggruppamento, e

all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, con la motivazione che i requisiti dei progettisti, individuati da quell'a.t.i. per la progettazione esecutiva difettavano di quelli di cui al disciplinare di gara.

Così, in particolare, non furono considerati idonei i requisiti e la qualificazione del soggetto ausiliario, ing. Francesco Lo Schiavo, di cui si era avvalsa la società indicata come progettista (la ENGCO) per soddisfare i requisiti riguardanti la classe VII; categoria C, posto che lo stesso Lo Schiavo aveva svolto attività di progettazione interna come pubblico dipendente, coma tale non ascrivibile alla libera professione, alla quale debbono invece essere riferibili i servizi di progettazione, stante la previsione dell'art. 90 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

2. Il raggruppamento R.C.M. impugnò questa esclusione ricorrendo al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Sezione distaccata di Parma, e contestualmente impugnò l'aggiudicazione definitiva, disposta in favore del raggruppamento C.C.C..

3. A sua volta, il raggruppamento C.C.C. propose ricorso incidentale adducendo ulteriori motivi per l'esclusione del raggruppamento R.C.M. e sostenendo l'erroneità del punteggio a quello attribuito a, per dimostrare come non potesse comunque risultare aggiudicatario.

4. La sentenza qui appellata ha accolto il ricorso incidentale del raggruppamento C.C.C. e così ha dichiarato improcedibile il ricorso principale. In particolare, il Tribunale amministrativo ha ritenuto che il raggruppamento ricorrente non avesse reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, così come ripreso dal disciplinare di gara.

Il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto, inoltre, fondato il motivo di ricorso incidentale relativo alla carenza della polizza fideiussoria presentata dai ricorrenti, perché priva della clausola relativa all'impossibilità per il fideiussore di opporre alla stazione appaltante alcuna eccezione,

anche nell'eventualità di opposizione proposta dal debitore o da altri soggetti interessati e anche nel caso che il debitore sia dichiarato nel frattempo fallito, ovvero sottoposto a procedure concorsuali o posto in liquidazione.

Il giudice di primo grado ha ritenuto, infine, fondata la contestazione del ricorso incidentale di C.C.C. volta a contestare la mancata produzione (prevista dal disciplinare a pena di esclusione) dei certificati camerali contenenti la specifica annotazione relativa al nulla-osta antimafia per quanto concerne i procuratori della società R.C.M., i procuratori di CEDI s.r.l., i procuratori della società Favellato Claudio s.p.a., nonché la società di progettazione.

Per ottenere la riforma della sentenza hanno proposto appello le imprese R.C.M. Costruzioni s.r.l. , Favellato Claudio s.p.a., Trombi Costruzioni s.r.l..

Si sono costituite in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello e ribadendo, fra l'altro, la legittimità dell'originario provvedimento di esclusione, l'Agenzia interregionale per il fiume Po - A.I.Po, e il raggruppamento aggiudicatario definitivo C.C.C..

5. Alla pubblica udienza del 14 giugno 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

L'appello non merita accoglimento.

6. Il Collegio, in parte modificando l'ordine seguito dal giudice di primo grado, ritiene, anche in un'ottica di economia processuale, di esaminare preliminarmente i motivi a suo tempo proposti con il ricorso principale contro l'esclusione e motivato dalla mancanza in capo all'ing. Francesco Lo Schiavo, di cui si era avvalso la società ENGCO, dei requisiti previsti per i progettisti.

Tale motivo risulta infondato, il che – comportando senz'altro la legittimità di quella esclusione - consente, nell'ordine logico del giudizio, di assorbire

tutti i motivi di ricorso incidentale proposti in primo grado dal raggruppamento C.C.C., in quanto volti a far valere ulteriori motivi di esclusione nei confronti del raggruppamento R.C.M..

7. Il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante era motivato con riferimento a due ordini di considerazioni: a) da un lato, sulla base del fatto che l'ing. Lo Schiavo, in qualità di pubblico dipendente a tempo pieno, non poteva svolgere attività di libera professione e quindi non poteva rientrare tra i soggetti qualificati a partecipare agli appalti per attività di progettazione previsti, per le prestazioni relative alla progettazione, dalle lettere d) e ss. del comma 1 dell'art. 90 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; b) dall'altro, con riferimento alla considerazione che non potevano comunque essere inclusi, fra i servizi di progettazione svolti negli ultimi dieci anni dall'ing. Lo Schiavo, quelli relativi alla *“realizzazione dello studio di fattibilità per la razionalizzazione, adeguamento e completamento sostenibile delle strutture portuali di Castellabate”*, perché erano stati resi in qualità di pubblico dipendente, vale a dire in ragione dell'appartenenza ad un determinato ufficio, e non in qualità di libero professionista come invece sarebbe stato necessario.

8. La motivazione di tale provvedimento resiste alle censure delle odierne appellanti.

L'art. 53 d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che *“quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da individuare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti [...]”*.

L'art. 90, comma 1, lett. d) e ss., d.lgs. n. 163 del 2006 a sua volta prevede che i soggetti esterni ai quali può essere affidata l'attività di progettazione sono – in sintesi - i liberi professionisti iscritti nel relativo albo professionale, le società di professionisti o le società di ingegneria.

Attesa la tassatività di un siffatto elenco – da raccordare alla diretta responsabilizzazione del soggetto della cui prestazione ci si avvale - il soggetto “esterno”, destinatario dell’incarico di progettazione esterna, non può essere un pubblico dipendente a tempo pieno. Quest’ultimo invero non può esercitare la libera professione e, quindi, non può assumere la qualifica professionale che l’art. 90 richiede per i progettisti esterni.

In senso contrario non rileva l’autorizzazione che l’ing. Lo Schiavo aveva ricevuto dall’Amministrazione di appartenenza, perché tale autorizzazione non poteva rimuovere la circostanza che la prescrizione normativa da qui applicare richiede in capo ai progettisti esterni un vero e proprio *status* di libero professionista (con tanto di iscrizione nel relativo albo) e questo era precluso, nel caso concreto, dall’esistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno.

L’ing. Lo Schiavo, pertanto, non poteva essere un “progettista qualificato” ai sensi dell’art. 53, né un soggetto del quale la società incaricata della progettazione si poteva avvalere, anche solo come ausiliario, per integrare parte dei requisiti di progettazione richiesti dal bando di gara.

9. Inoltre, assume carattere assorbente l’ulteriore e dirimente considerazione che la pregressa attività svolta dall’ing. Lo Schiavo in qualità di dipendente pubblico non poteva comunque essere utilizzata per integrare i requisiti di progettazione richiesti dal bando di gara.

La pregressa attività di progettazione svolta per l’Amministrazione di appartenenza è, infatti, esclusivamente riferibile a quest’ultima.

Nemmeno, per escludere tale riferibilità esclusiva, può valere la circostanza che i progetti sono il frutto di un’attività umana fondamentalmente intellettuale analoga all’esercizio delle professioni liberali, in quanto l’attività è svolta dal dipendente *ratione officii* e non *intuitu personae* e si risolve pertanto in una modalità di svolgimento del rapporto di pubblico impiego.

E’ da escludersi quindi che lo svolgimento di tale attività consenta al

dipendente di acquisire in proprio un requisito di qualificazione e, a maggior ragione, che tale requisito di qualificazione possa poi essere “prestato” o “ceduto” a imprese private al fine di consentire la partecipazione di queste ultime a gare di appalto.

10. Le considerazioni che precedono confermano la legittimità dell'esclusione disposta dalla stazione appaltante e conducono a senz'altro respingere l'appello, prescindendo dall'esame delle ulteriori censure, che possono essere assorbite.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna in solido le imprese appellanti al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge, a favore di ciascuna delle parti appellate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Garofoli, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/09/2011

IL SEGRETARIO

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