

N. 04518/2012REG.PROV.COLL.  
N. 02359/2011 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2359 del 2011, proposto da Manlio Iadanza Lanzaro, Aldo Iadanza Lanzaro, Vito La Banca e Marco di Lollo, tutti ricorrenti in proprio nonché quali componenti dell'associazione temporanea di professionisti tra loro costituenda, rappresentati e difesi dagli avv. Alessandro Biamonte, Franco Iadanza e Alfredo Iadanza Lanzaro, con domicilio eletto presso M. Cristina Manni in Roma, via G.P. Da Palestrina 63;

*contro*

Comunità Montana del Fortore Molisano - Riccia (Cb), rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Colalillo, con domicilio eletto presso Clementino Palmiero in Roma, via Albalonga 7;

*nei confronti di*

Pavia Innovazione - Engineering Global Service Srl;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. MOLISE – CAMPOBASSO, SEZIONE I, n. 1564/2010, resa tra le parti, concernente affidamento di incarichi

professionali per risanamento e messa in sicurezza dei versanti montani e della viabilità pubblica – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Montana del Fortore Molisano - Riccia (Cb);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Biamonte e G. Saporito su delega dell'avv. Vincenzo Colalillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

I professionisti Manlio Iadanza Lanzaro, Aldo Iadanza Lanzaro, Vito La Banca e Marco Di Lollo, in Associazione temporanea, avevano ottenuto l'aggiudicazione provvisoria della gara indetta dalla Comunità Montana del Fortore Molisano, con avviso pubblico dell'11 aprile 2007, per l'affidamento degli incarichi professionali connessi ad uno studio di fattibilità, alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, comprensiva della relazione geologica, alla direzione lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, e alla contabilizzazione degli stessi lavori, per il risanamento e la messa in sicurezza dei versanti montani e della viabilità pubblica, danneggiati da fenomeni di dissesto idrogeologico.

All'inizio della procedura era stata condotta una prequalifica, al cui esito erano state ammesse alla gara solo l'associazione temporanea dei sunnominati professionisti (d'ora in poi, l'associazione temporanea, o l'associazione *tout court*) e la Pavia Innovazione - Engineering Global Service Srl.

Dopo la presentazione delle offerte, la Commissione di gara aveva rilevato

che l'associazione temporanea aveva documentato prestazioni professionali simili nell'ultimo quinquennio solo per € 1.940.097,11, e non per i richiesti due milioni di euro, e, analogamente, che la sua concorrente aveva ommesso di indicare il nominativo del proprio responsabile della sicurezza.

Acquisita dalle due concorrenti la conferente documentazione integrativa, loro appositamente richiesta, la Commissione aveva quindi proceduto all'apertura delle offerte economiche, e, appunto, aggiudicato la commessa in via provvisoria all'associazione temporanea.

Dopo circa due anni da tale atto, mai seguito peraltro da aggiudicazione definitiva, il Commissario Straordinario della Comunità Montana, con la deliberazione n. 42 dell'11.6.2009, dopo aver acquisito un parere legale, e dato atto dell'illegittimità dell' *iter* di gara seguito e delle serie contestazioni mosse al riguardo dall'altro concorrente, dava infine disposizione al Responsabile del Servizio LL.PP. di non procedere all'aggiudicazione definitiva all'associazione, e stabiliva in via di autotutela l'annullamento integrale della procedura.

Da qui il ricorso dell'associazione dinanzi al T.A.R. per il Molise contro tale provvedimento, del quale veniva richiesto l'annullamento. Veniva altresì domandata la condanna della Comunità Montana al risarcimento dei danni. L'impugnativa era articolata in cinque motivi di gravame, i cui contenuti sarebbero stati sintetizzati dal Tribunale nei seguenti termini.

*“Il primo denuncia la violazione dell’art. 6 L. 241\90 poiché non era stato applicato correttamente il principio della regolarizzazione della documentazione amministrativa; i ricorrenti avevano esattamente indicato di aver superato la soglia dell’importo richiesto per prestazioni simili, ma non aveva prodotto documentazione relativa alle prestazioni rese dai geologi.*

*La successiva produzione doveva, pertanto, intendersi come regolarizzazione e non come integrazione anche perché non era stata negata la par condicio essendo stato consentito ad entrambi i partecipanti di regolarizzare le loro produzioni documentali.*

*Il secondo motivo lamenta l'eccesso di potere per carenza di istruttoria ed erroneità dei presupposti.*

*La commissione aveva erroneamente tenuto conto dell'importo dei lavori svolti dagli ingegneri senza prendere in considerazione le prestazioni rese dai geologi che pure avevano presentato idonee attestazioni considerando che non deve tenersi conto del fatturato dei professionisti, ma dell'importo dei lavori per i quali è stata resa la prestazione professionale.*

*Il terzo motivo contesta che la decisione del Commissario dell'Ente sia l'acritico recepimento di un parere professionale che non ha tenuto conto del fatto che l'Amministrazione ha la possibilità di far regolarizzare la documentazione prodotta in gara senza venir meno alla par condicio.*

*Il quarto motivo eccepisce che il Commissario non si sia attenuto a quanto disposto dagli artt. 49 e 97 T.U.E.L. poiché la sua decisione non ha richiesto il parere del responsabile del servizio Lavori Pubblici e non ha tenuto conto del parere espresso dal Segretario generale dell'Ente.*

*Il quinto motivo contesta la violazione dei principi generali in materia di autotutela poiché non sono state illustrate le ragioni di pubblico interesse che giustificavano il sacrificio dell'interesse privato a vedersi definitivamente aggiudicare l'opera.”*

La Comunità Montana del Fortore Molisano si costituiva in giudizio in resistenza al ricorso chiedendone il rigetto.

Il Tribunale adito, con un'articolata ordinanza istruttoria, richiedeva all'Ente resistente la produzione di una serie di documenti.

All'esito, il medesimo T.A.R., con la sentenza n. 1564 del 23 dicembre 2010, respingeva il gravame dell'associazione, sulla scorta della seguente motivazione.

*“I documenti che non erano stati presentati a suo tempo erano richiesti a pena di esclusione e, dopo la decisione della Commissione di consentire l'integrazione documentale, la società controinteressata, non condividendo l'operato della Commissione aveva richiesto gli atti di gara.*

*Peraltro anche dopo aver fornito la documentazione integrativa non è stata offerta la prova del superamento della soglia dei due milioni di euro quanto a lavori per i quali vi erano state prestazioni professionali da parte dell'associazione temporanea di professionisti.*

*Relativamente alle prestazioni dei geologi non veniva fornita alcuna circa l'effettivo svolgimento della prestazione e non è esatto che l'affidamento dell'incarico sia l'unico atto mediante il quale sia possibile comprovare la realizzazione dello stesso.*

*Se è vero che la loro prestazione consiste in studi preliminari sulla fattibilità di un'opera la cui esecuzione potrebbe essere molto differita nel tempo, l'esecuzione della prestazione potrebbe comunque essere provata mediante la prova del pagamento della stessa o la produzione dello studio effettuato e della sua trasmissione a chi lo aveva commissionato.*

*In conclusione non è stata data la prova dell'esistenza di un requisito previsto a pena di esclusione e in virtù di tale dato di fatto i primi quattro motivi di ricorso non possono trovare accoglimento.*

*L'eventuale aggiudicazione definitiva, che doveva intervenire se non vi fosse stato l'atto di autotutela impugnato, avrebbe esposto l'amministrazione ad un'azione giudiziaria da parte della società controinteressata.*

*Peraltro l'atto di autotutela è motivato proprio su questo profilo, per cui le censure di cui all'ultimo motivo di ricorso non sono fondate.”*

Avverso tale decisione gli interessati spiegavano dunque il presente appello, con il quale riproponevano le proprie censure, domande ed argomentazioni, dolendosi che il primo Giudice le avesse disattese.

Resisteva all'impugnativa anche in questo grado di giudizio la Comunità Montana, che ne deduceva l'infondatezza.

L'appellante controdeduceva ai rilievi avversari con due successivi scritti, con i quali insisteva per l'accoglimento del proprio gravame.

Alla pubblica udienza del 19 giugno 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

1 Il provvedimento impugnato in prime cure si fonda sul rilievo che l'aggiudicazione provvisoria era stata emessa nonostante la carenza da parte dell'aggiudicataria di un requisito prescritto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, onde la medesima avrebbe semmai dovuto essere immediatamente estromessa dalla procedura (così come, per ragioni simili, la sua concorrente).

Da qui la decisione della mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria a suo tempo assunta, ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 163/2006, con l'implicito risultato dell'esclusione dell'appellante dalla gara ai sensi dell'art. 48 della stessa fonte, e la contestuale statuizione della caducazione integrale degli atti della procedura.

Ciò posto, la conclusione del primo Giudice dell'immunità da vizi del provvedimento così adottato si sottrae alle critiche mosse con il presente appello.

L'avviso pubblico dell'11 aprile 2007 aveva previsto, ai limitati fini della prequalifica, che gli aspiranti alla commessa dovessero semplicemente "*indicare*", nei loro *curricula*, i servizi svolti nel quinquennio anteriore attinenti all'oggetto del bando, dichiarando così di poter soddisfare il criterio di ammissione alla fase dell'offerta costituito dalla "*avvenuta esecuzione di prestazioni professionali analoghe nel quinquennio ..., di importi non inferiori a quello del presente incarico*".

La successiva lettera di invito del 15 giugno 2007, invece, prescriveva la necessità, a pena di esclusione, di inserire nella busta A ("Documentazione") "*copia degli atti comprovanti l'avvenuta esecuzione di prestazioni professionali analoghe nel quinquennio antecedente ..., di importi non inferiori a quello del presente incarico (euro 2.000.000,00)*." E merita di essere rimarcato il fatto che siffatta specifica prescrizione non abbia formato oggetto di contestazione in questa sede.

Orbene, tale prescrizione è risultata insoddisfatta, come meglio emergerà dalla necessaria rassegna delle doglianze dell'appellante. E questo fa sì che già inizi a profilarsi l'inconsistenza dei motivi dell'appello.

2a Con il presente gravame si lamenta che sia stata obliterata la circostanza che nella fase di prequalifica essa appellante aveva già attestato, mediante autodichiarazioni degli ingegneri dell'ATI, il possesso da parte sua del requisito in contestazione (andando anzi oltre la soglia minima richiesta).

Il fatto è, però, che in tale fase preliminare non era stata prodotta documentazione probatoria, ma erano state rese solo delle dichiarazioni. Dichiarazioni, in se stesse, neppure impegnative ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, per quanto prodotte unitamente a copia dei documenti di identità degli interessati, e quindi soddisfacendo, potenzialmente, le “*modalità di invio e sottoscrizione delle istanze*” stabilite dall'art. 38 del predetto Testo Unico.

Quelle contenute nei *curricula* dell'associazione non si presentavano, invero, come dichiarazioni sostitutive rese ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 (formalità che del resto l'avviso pubblico dell'11 aprile 2007 non esigeva), in quanto, oltre a non averne il *nomen*, esse non erano corredate da richiami né alla relativa fonte normativa, né alle sanzioni penali previste per le ipotesi di mendacio, come invece prescritto dall'art. 48 T.U.. Erano, in altre parole, solo dei comuni “periodi” del testo dei *curricula* di cui costituivano parte integrante.

Se ne desume che l'appellante non aveva a suo tempo fornito neppure quel “principio di prova” che viene invece rivendicato con l'atto introduttivo del presente giudizio.

Altrimenti detto, ai limitati fini della prequalifica era stato richiesto ai soggetti interessati semplicemente di “indicare” i rispettivi precedenti professionali, senza necessità, in quella fase, di allegare documentazione probante, riscontro che sarebbe stato invece richiesto ai fini della successiva

gara. La prescrizione della seguente lettera di invito (rimasta, vale sottolinearlo, incontestata) era, difatti, proprio nel senso che occorre produrre a pena di esclusione, con l'offerta, "*copia degli atti comprovanti l'avvenuta esecuzione di prestazioni professionali analoghe nel quinquennio antecedente ..., di importi non inferiori a quello del presente incarico (euro 2.000.000,00)*", per verificare il possesso effettivo dei requisiti da parte dei professionisti.

Da qui la vincolatività di quest'ultima prescrizione, e l'includibilità del suo adempimento (senza che abbia pregio invocare in contrario il canone della "ragionevolezza").

2b Peraltro, la stessa appellante riconosce senza difficoltà che in occasione della sua risposta alla lettera di invito erano stati documentati solo alcuni dei lavori oggetto di menzione in sede di prequalifica. E l'associazione non muove alcun rilievo, salvo quanto subito si dirà a proposito delle prestazioni professionali dei geologi, a carico della valutazione dell'Amministrazione per cui il valore dei lavori da essa documentati all'atto dell'offerta non raggiungeva la prescritta soglia di due milioni di euro.

L'appellante riprende solo la propria tesi circa la sufficienza, per l'adempimento della prescrizione della lettera d'invito, della comprova delle prestazioni rese dai geologi mediante la produzione delle "determine di incarico" da loro ricevute.

A suo dire, la determina di incarico "*comprova pienamente l'avvenuta prestazione professionale*".

Questa posizione non può però trovare adesione.

Nessun argomento vale difatti a scalfire l'osservazione, a base della pronuncia di prime cure, per cui, a fronte della prescrizione della *lex specialis* di "*comprovare l'avvenuta esecuzione di prestazioni professionali analoghe*" (dimostrando quindi l'effettivo svolgimento della prestazione), l'affidamento dell'incarico non può essere considerato un atto suscettibile di comprovare il possesso del requisito, dovendo semmai l'esecuzione della



prestazione essere provata –è stato detto quasi tautologicamente- mediante *“la produzione dello studio effettuato e della sua trasmissione a chi lo aveva commissionato”*, oppure con la prova del pagamento della prestazione stessa.

La logica della disposizione è quella di permettere all'Amministrazione di verificare l'effettiva, qualificata esperienza acquisita dai singoli professionisti. Ed è evidente come tale esperienza non scaturisca dal mero affidamento di incarichi, che per le ragioni più varie potrebbero non avere avuto seguito, ma solo dalla loro reale esecuzione.

Poiché, inoltre, la relativa prova doveva indefettibilmente essere fornita entro il termine di presentazione dell'offerta di gara, della quale avrebbe dovuto costituire un allegato, è agevole cogliere anche l'inammissibilità della richiesta dell'appellante di vedersi accordata la possibilità di produrre una nuova prova documentale, ai sensi dell'art. 104 comma 2 CPA, intesa a dimostrare l'esecuzione delle prestazioni professionali dei geologi. Ciò stante il difetto di rilevanza di tale nuovo documento, che non potrebbe in alcun modo sanare la decadenza in cui la parte è già a suo tempo incorsa.

2c Parte appellante contesta, poi, che il possesso del requisito in questione fosse rimasto indimostrato anche dopo le integrazioni documentali ammesse dalla Commissione. Anche a prescindere dalla genericità ed apoditticità di un simile asserto, però, resta il punto essenziale per cui una simile integrazione non avrebbe potuto in alcun modo essere ammessa, come è stato rilevato dalla Stazione appaltante mediante il proprio provvedimento impugnato in prime cure.

Invero, in antitesi a quanto assume l'appellante, con riguardo all'istituto del c.d. dovere di soccorso codificato dall'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 vale il noto quanto consolidato insegnamento giurisprudenziale per cui l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione prescritti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile, e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma,

non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali: e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità della legge di gara (cfr., tra le più recenti: C.d.S., V, 2 agosto 2010, n. 5084; 2 febbraio 2010, n. 428; 15 gennaio 2008, n. 36).

In presenza di una prescrizione chiara, un'ammissione alla regolarizzazione costituirebbe violazione della *par condicio* fra i concorrenti. La richiesta di regolarizzazione, pertanto, non può essere formulata per permettere l'integrazione di documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione (C.G.A., n. 802 del 2006; C.d.S., IV, n. 4560 del 2005 e n. 2254 del 2007).

2d L'appellante assume che, una volta acclarata la legittimità dell'*iter* di regolarizzazione inizialmente intrapreso dall'Amministrazione, la sua naturale conseguenza sarebbe stata quella dell'aggiudicazione definitiva ad essa ricorrente.

Ben al contrario, però, essendosi riscontrata l'invalidità dello stesso *iter*, e stante l'assenza della documentazione prescritta a pena di esclusione, è inevitabile concludere che l'estromissione della ricorrente costituiva un atto dovuto.

2e D'altro canto, la circostanza che la medesima avesse ottenuto una semplice aggiudicazione provvisoria, data la natura di tale atto, non poteva fondare alcuna sua qualificata aspettativa all'acquisizione della commessa. L'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha, infatti, natura di atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, tanto che la giurisprudenza la considera inidonea a produrre la definitiva lesione del soggetto non risultato aggiudicatario, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva (in termini cfr., tra le più recenti, C.d.S., V, 20 giugno 2011, n. 3671, 11 gennaio 2011, n. 80; III, 11 marzo 2011, n. 1581; VI, 20 ottobre 2010, n. 7586).

2f L'appellante torna altresì a lamentare l'illegittimità del disposto

annullamento degli atti di gara, affermando che sarebbe occorsa una più congrua motivazione, tale da tenere nel debito conto l'interesse dell'associazione a vedersi definitivamente aggiudicata la gara, anche in relazione al lungo lasso di tempo ormai trascorso dall'aggiudicazione provvisoria.

E' però chiaro, essendosi assodata la legittimità della doverosa esclusione dell'appellante dalla gara, che la medesima non ha più legittimazione né interesse qualificato a dolersi dell'esito finale della procedura, che più non la riguarda (cfr. C.d.S. Ad.Pl. n. 4 del 7 aprile 2011).

3 Una volta escluso, infine, che alla Stazione appaltante siano ascrivibili illegittimità in danno della ricorrente, l'emersa conformità a diritto dell'atto impugnato non può non incidere inesorabilmente anche sulla fondatezza della richiesta risarcitoria di parte, precludendo la qualificazione come "ingiusti" dei pregiudizi astrattamente ricollegabili al provvedimento.

Ne consegue la conferma della reiezione anche della domanda risarcitoria dell'appellante.

4 Per le ragioni esposte l'appello deve dunque essere integralmente respinto. Le spese sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al rimborso alla controparte costituita delle spese processuali, che sono liquidate nella misura di euro tremila, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/08/2012

IL SEGRETARIO

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