

N. 05780/2012REG.PROV.COLL.
N. 03437/2011 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 3437 del 2011, proposto da:

Comune di Trieste, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Serena Giraldi, Maritza Filipuzzi e Domenico Vicini, con domicilio eletto presso Domenico Vicini in Roma, via Emilio De'Cavalieri, 11;

contro

Soimper Srl, Vibe s.r.l. e De Marchi Impianti s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Paolo Neri e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Confalonieri, 5, *appellanti incidentali*;

nei confronti di

Scarcia & Rossi Lavori Edili Snc, Riccesi Spa, Fall. Scarcia & Rossi Lavori Edili Snc, Crea Consorzio Stabile Soc. Cons. A.R.L., Elettrica Gover Snc di Luciano Gover & C.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA: SEZIONE I n.

00169/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione lavori di ristrutturazione dello stadio comunale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soimper Srl, di Vibe Srl e di De Marchi Impianti Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2012 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati D. Vicini, L. Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza non definitiva appellata i Primi Giudici hanno accolto in parte il ricorso proposto dalle società odiernamente appellate, componenti del raggruppamento capeggiato da SOIMPER s.p.a. classificatosi al terzo posto, avverso gli atti relativi alla procedura avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione dello stadio comunale "G. Grezar" di Trieste, culminata nell'aggiudicazione in favore della controinteressata Scarcia & Rossi s.n.c..

2. Con il ricorso principale il Comune di Trieste appella il capo della sentenza che ha accertato la sussistenza, a carico dell'aggiudicataria, della causa di esclusione data dalla mancata presentazione delle dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lettera c), del codice dei contratti pubblici con riguardo a tutti gli amministratori e i direttori tecnici della società ausiliaria.

Le società appellate si sono costituite in giudizio spiegando appello incidentale con il quale ripropongono i motivi di censura respinti o solo parzialmente accolti dalla sentenza di prime cure.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 26 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3. L'appello principale non merita accoglimento.

Il Tribunale ha accolto il motivo di ricorso con il quale le società facenti parte del raggruppamento Soimper avevano dedotto che l'aggiudicataria Scarcia & Rossi s.n.c. avrebbe dovuto esser esclusa dalla gara, per violazione del disciplinare *“nella parte in cui prescrive, per le imprese che avessero fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, la produzione della documentazione di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici, con conseguente violazione dell'art. 38, per non aver dimesso la documentazione ivi prescritta nei confronti della signora Tiziana Valvason, socio, Direttore Tecnico e legale rappresentante della Ditta Elettrica Gover s.n.c., di cui Scarcia & Rossi s.n.c. ha dichiarato di avvalersi ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. 163/06”*.

Il capo della sentenza resiste alle censure svolte dall'appellante principale.

Alla stregua di un pacifico e condivisibile orientamento giurisprudenziale il concorrente che intenda utilizzare lo strumento dell'avvalimento deve sottostare alle regole di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici, nel novero delle quali rientra la prescrizione di cui alla lettera c), che impone l'allegazione di *“una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38”*.

Il parallelismo, ricavabile dal dato letterale della legge e dalla *ratio* che lo ispira, tra gli obblighi dichiarativi posti dalla normativa primaria a carico del concorrente e quelli gravanti sull'impresa ausiliaria di cui quest'ultimo si avvalga, fa sì che con riferimento all'ausiliaria Elettrica Gover s.n.c. fosse necessaria la presentazione di dichiarazioni riguardanti i direttori tecnici e i soci. Merita adesione, al riguardo, l'indirizzo interpretativo, sancito da questa Sezione con la decisione 16 novembre 2010, n. 8059, secondo cui l'art. 49, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici sancisce, sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale, una totale equiparazione tra gli operatori economici offerenti e gli operatori economici

in rapporto di avvalimento (vedi anche Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3077).

Non giova all'appellante neanche la deduzione secondo cui la dichiarazione sarebbe stata resa dal signor Luciano Gover, legale rappresentante della Ditta Elettrica Gover s.n.c., con dichiarazione "cumulativa" consentita espressamente dal punto 1- D) del disciplinare.

Dall'esame della documentazione di causa si ricava, infatti, che, con la dichiarazione presentata in sede di gara, il legale rappresentante, direttore tecnico e socio amministratore signor Luciano Gover ha affermato il possesso dei requisiti solo per sé medesimo senza estendere la portata dell'attestazione all'altro socio, di cui non è neanche menzionato il nominativo.

Resta quindi confermata l'assenza di una dichiarazione personale del socio Tiziana Valvasson al pari della mancanza di una dichiarazione cumulativa del legale rappresentante a detto socio riferibile.

4. Si può a questo punto passare all'esame dell'appello incidentale autonomo proposto dalle imprese facenti parte del costituendo raggruppamento Sompier.

4.1. Con un primo motivo l'appellante incidentale lamenta che erroneamente il Primo Giudice avrebbe consentito al secondo classificato Consorzio Stabile CREA s.n.c. la produzione, in via di integrazione rispetto alla documentazione presentata in sede di gara, delle attestazioni SOA e delle dichiarazioni di cui all'art. 38 nei confronti delle imprese designate per l'esecuzione dell'appalto.

Reputa, in definitiva, l'appellante che il Collegio di prime cure avrebbe dovuto, a norma di legge, trarre dalla premessa della mancata produzione di siffatta documentazione il corollario della doverosa esclusione del concorrente in esame.

La censura non coglie nel segno.

4.1.1. Il Collegio condivide l'assunto interpretativo, da cui muove l'appellante incidentale, secondo cui tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del cosiddetto avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 .

Secondo tale consolidato e condivisibile indirizzo pretorio, il consorzio che partecipi alla procedura, quale che sia la sua natura, deve dimostrare il possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto (Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759; sez. VI, 24 novembre 2009 n. 7380). Detto principio risponde a elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, in relazione all'ineludibile esigenza che tutti gli operatori chiamati, a qualunque titolo, all'esecuzione di prestazioni di lavori, servizi e forniture, siano dotati dei requisiti morali di cui all'art. 38 citato. Se tali requisiti fossero accertati solo in capo al consorzio e non anche con riguardo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe, infatti, assurgere a schermo di copertura in guisa da consentire la partecipazione di consorziati sprovvisti dei necessari requisiti soggettivi (conf. Cons. Stato, Ad Plen, sentenza 4 maggio 2012, n. 8, secondo cui una diversa opzione ermeneutica, la quale richiedesse la sussistenza dei requisiti generali in capo al solo Consorzio, *“condurrebbe a conseguenze paradossali in quanto le stringenti garanzie di moralità professionale richieste inderogabilmente ai singoli imprenditori potrebbero essere eluse da cooperative che, attraverso la costituzione di un consorzio con autonoma identità, riuscirebbero di fatto ad eseguire lavori e servizi per le pubbliche amministrazioni alle cui gare non sarebbero state singolarmente ammesse”*).

4.1.2. Tanto puntualizzato in merito alla necessità del possesso e del controllo dei requisiti anche in capo alle imprese consorziate chiamate

all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, il Collegio reputa tuttavia che nella specie, alla stregua del tenore della disciplina di gara, la mancata originaria produzione di detta documentazione non giustificasse l'adozione della sanzione espulsiva ma imponesse l'espletamento del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Come correttamente osservato dal Primo Giudice, infatti, la *lex specialis* non solo non prevedeva in modo esplicito la produzione di detta documentazione con riferimento alle imprese consorziate designate per l'esecuzione ma imponeva la presentazione della documentazione con riferimento ai soli requisiti del Consorzio stabile, ossia del soggetto, dotato di distinta personalità, che assume la qualifica di concorrente (cfr. il punto 3 del disciplinare, ove si prescrive che *“il Consorzio Stabile dovrà provvedere a presentare e sottoscrivere tutta la documentazione di cui sopra, dichiarando quanto nella medesima stabilito”* e che *“i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria dovranno essere posseduti e comprovati dagli stessi”*).

L'omissione che connota la normativa regolatrice della procedura non può neanche essere meccanicamente etero-integrata con l'applicazione della disciplina di legge, visto che l'obbligo di produrre la documentazione relativa ai requisiti generali e di qualificazione in capo alle imprese consorziate chiamate all'esecuzione delle prestazioni pattizie non è contemplato da un'esplicita disposizione di legge ma trova fondamento nella condivisibile opera interpretativa della giurisprudenza che si è consolidata in tempi recenti.

In questo quadro è suscettibile di condivisione l'assunto di fondo che sorregge la sentenza appellata secondo cui il contemperamento fra l'esigenza di svolgere un rigoroso controllo sul possesso dei requisiti da parte dei soggetti a vario titolo chiamati all'esecuzione del contratto e quella garantista, che risponde all'idea di non comminare drastiche esclusioni dalla procedura di gara per la violazione di un precetto che

l'impresa partecipante non è in condizione di rinvenire né nel bando né nella formulazione letterale della legge, può essere assicurato con l'esercizio, da parte della stazione appaltante, del potere/dovere di richiedere al concorrente l'integrazione della documentazione di gara sotto il profilo mancante.

La soluzione esposta, attenta all'esigenza di evitare l'esclusione di imprese che si siano attenute alle prescrizioni dettate dalla normativa di gara e rispettosa del principio comunitario di tutela del legittimo affidamento, è coerente con le indicazioni fornite dalla decisione 7 giugno 2012, n. 21 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio che, pur affermando, in caso di incorporazione o di fusione societaria, la sussistenza, in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione, dell'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse, ha ritenuto che, in considerazione dei contrasti giurisprudenziali riguardanti l'ambito di applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, i concorrenti che in passato non abbiano reso la dichiarazione in esame possono essere esclusi dalle gare solo se il bando abbia esplicitato tale onere di dichiarazione.

4.2. A confutazione del secondo motivo di appello incidentale è sufficiente rimarcare che il Tribunale ha correttamente dichiarato il difetto di giurisdizione rispetto alle censure volte a contestare l'anticipata consegna dei lavori, ossia un'attività di carattere privatistico che si pone a valle dell'esaurimento della procedura pubblicistica.

4.3. E' invece improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse conseguente all'esito dell'appello principale in ordine alla ravvisata sussistenza di una causa di esclusione dell'aggiudicataria, il motivo di ricorso con il quale si ripropongono le censure volte a stigmatizzare la

presa d'atto del subentro di Riccesi s.p.a. nel contratto.

4.4. Stante l'infondatezza dell'appello incidentale, non è allo stato suscettibile di favorevole valutazione neanche la domanda risarcitoria che presuppone l'esclusione dalla procedura dei due concorrenti classificatisi in posizione peggiore rispetto alla ricorrente.

5. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello principale.

L'appello incidentale deve essere invece respinto in parte e in parte dichiarato improcedibile.

La complessità e la varietà delle questioni esaminate giustifica la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Respinge in parte e in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Soimper s.p.a., Vibe s.r.l. e De Marchi Impianti s.r.l..

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2012

IL SEGRETARIO

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