

N. 02752/2016REG.PROV.COLL.

N. 03711/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3711 del 2015, proposto da:
Oberosler Cav. Pietro S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Gianluigi Pellegrino, Harald Bonura, Giuliano Fonderico,
con domicilio eletto presso il primo, in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

Anas Spa, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei
Portoghesi, 12;

nei confronti di

Donati Spa in proprio e quale mandataria Rti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Elia Barbieri, Stefano
Vinti, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, Via Emilia N, 88;

Rti Ircoop Spa, Rti Salc Spa, Rti Dema Costruzioni Srl, letto Srl, Gp Ingegneria Srl, Gta Srl; Regione Lazio;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 05929/2015, resa tra le parti concernente
l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione dello stralcio funzionale tra lo svincolo di Cinelli ed il nuovo
svincolo di Monte Romano est S.S.675

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti all'appello proposti avverso la sentenza TAR Lazio n.7107/2015

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Donati Spa in proprio e quale Mandataria Rti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2016 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati
Pellegrino, Clarizia, Feroci, Paola Salvatore (per delega Sanino), Barbieri e l'avvocato dello Stato Dettori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U. serie V Speciale n.122 del 17/10/2011 ANAS spa indiceva una procedura ristretta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, ai sensi dell'art.53 comma 2 del dlgs n.163/2006 relativi alla realizzazione "dello stralcio funzionale tra lo svincolo Cinelli ed il nuovo svincolo di Monte Romano Est della SS.675 (tronco 3°, lotto 1 stralcio B).

La Commissione giudicatrice svolgeva i lavori di espletamento della gara e nella seduta del 31 gennaio 2014 approvava la graduatoria finale per l'aggiudicazione provvisoria così composta: 1) ATI I.GE.M.A.S Scarl ;2) ATI Donati Spa ;3) ATI Oberosler srl.

Nella stessa seduta veniva attivata la procedura per la verifica della congruità di alcune offerte risultate anomale a seguito della quale l'offerta della prima classificata (ATI I.GE.M.A.S) veniva giudicata non congrua e non affidabile nel suo complesso, per cui risultava aggiudicataria provvisoria ATI Donati, seconda classificata.

Quindi con disposizione del Presidente dell'ANAS n.63 del 19/9/2014 veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di RTI Donati .

Oberosler Cav. Pietro srl (in seguito Oberosler) proponeva innanzi al Tar del Lazio ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto sopra indicato nonché avverso gli atti tutti della gara, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria e chiedeva altresì la condanna di ANAS ex art.34 comma a, lettera c) c.p.a. a disporre l'aggiudicazione definitiva della gara e il subentro del contratto in favore del costituendo raggruppamento temporaneo di cui la ricorrente è mandataria capogruppo.

L'interessata deduceva la illegittimità degli atti impugnati sotto vari profili, tra cui quello per violazione dell'art.49 del dlgs. n. 163/2006 in tema di avvalimento, posto che un ausiliario della concorrente ATI Donati , la G.P. Ingegneria ha dichiarato di avvalersi a sua volta della Società G.T.A. e l'ulteriore avvalimento non è consentito al soggetto ausiliario, sicchè la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'ATI Donati dalla gara per mancanza del requisito di capacità tecnica in capo al progettista incaricato.

A sua volta ATI Donati Spa (in seguito Donati) proponeva ricorso incidentale volto a contestare la legittimità dell'ammissione alla gara di Oberosler e in particolare gli atti della procedura nella parte in cui :

Oberosler è stata ammessa alla fase di prequalifica; b) la Commissione ha valutato come valida sia l'offerta tecnica che quella economica di Oberosler; c) ha confermato la posizione in graduatoria di Oberosler invece di escluderla dalla gara ; d) è stata approvata la graduatoria finale con riguardo alla posizione della ricorrente principale (terza, poi divenuta seconda a seguito dell'esclusione di ATI I.GE.M.A.S.).

A sostegno del gravame incidentale Donati deduceva vari motivi, tra cui, in particolare quello relativo alla violazione dell'art.38 comma 1 del dlgs n.163/2006 in ragione della incompletezza delle dichiarazioni a rendersi ai sensi della norma suindicata che avrebbe dovuto comportare ad origine l'esclusione di Oberosler dalla procedura selettiva per cui è causa.

L'adito Tribunale amministrativo capitolino con dispositivo di sentenza n. 5929/2015 accoglieva il ricorso incidentale proposto da Donati e dichiarava improcedibile il ricorso principale proposto da Oberosler.

Faceva quindi seguito la sentenza dello stesso TAR, la n. 7107 /2015 con cui il primo giudice nel confermare quanto in precedenza statuito in sede di dispositivo, esponeva le ragioni delle già prese conclusioni.

Oberosler, dopo aver gravato con atto di appello il dispositivo di sentenza, ha impugnato con motivi aggiunti la sentenza sopra indicata, articolando il gravame su quattro fondamentali ordini di censure:

il primo relativo all'erroneo accoglimento del ricorso incidentale e alla conseguente erroneità della declaratoria di improcedibilità oltrechè inammissibilità del ricorso principale;

il secondo, in ordine alla manifesta fondatezza del ricorso principale dell'odierna appellante ;

il terzo con riferimento al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, in ragione della erronea precedenza data dal Tar all'esame del gravame incidentale.

Il quarto avente ad oggetto le statuizioni del Tar sulle spese di causa, laddove a suo avviso non appare corretto attribuire ad ANAS una parte delle spese del giudizio in relazione ad un accoglimento di un gravame incidentale che censura l'operato della stessa stazione appaltante .

Si è costituita in giudizio Donati spa che ha sostenuto la fondatezza del ricorso incidentale di primo grado e la infondatezza del gravame principale di prime cure.

Anche ANAS costituitasi in giudizio ha chiesto la reiezione delle domande formulate dall'appellante.

Le parti hanno poi prodotto apposite memorie, anche di replica, ad ulteriore sviluppo delle tesi difensive originariamente introdotte.

All'udienza pubblica del 25 febbraio 2016 la causa è stata introitata per la definizione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che i motivi del gravame complessivamente considerato (appello introduttivo e motivi aggiunti) non siano tali da scalfire la validità delle osservazioni e conclusioni recate dall' impugnata sentenza

In via prioritariamente logica occorre occuparsi delle censure dedotte dall' appellante principale di cui alla lettera sub c) del "fatto" con cui viene criticata la decisione del TAR di dare precedenza alla disamina del ricorso incidentale relativamente all'ordo quaestionum complessivamente portate alla sua cognizione.

Le critiche mosse sul punto al decisum sono infondate.

Come esattamente divisato dal primo giudice, il ricorso incidentale di tipo "escludente" (e tale è quello proposto da Donati spa) ossia quello rivolto a far valere profili di illegittimità dell'ammissione alla gara di Oberosler srl e quindi ad eliderne l'interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione in favore della Donati spa, deve essere esaminato in via prioritaria.

In base alle statuizioni rese dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 9 del 25 febbraio 2014 e a quanto da questa Sezione pure ribadito (sentenza n. 5186 del 24/11/2014) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gare, va esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale, quello incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per errore dell'amministrazione.

Né possono essere invocati dalla difesa dell' appellante principale i principi enunciati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 luglio 2013 (causa Fastweb) giacchè in quella sede si controverteva della conformità di entrambe le uniche due offerte in gara e quindi il concorrente principale conservava un interesse strumentale alla rinnovazione della gara laddove, invece nella specie vi sono più di due offerte, di guisa che la regola dell'esame congiunto dei ricorsi presentati non si applica.

Ciò chiarito, il primo giudice ha accolto tre dei motivi del ricorso incidentale e tra questi, quello con cui Donati spa ha censurato la incompletezza delle dichiarazioni ex art.38 del dlgs n.163/2006 a rendersi in sede di presentazione della domanda di ammissione alla gara dall'odierna appellante .

In particolare, il TAR ha rilevato il non rispetto dell'obbligo dichiarativo imposto dalla suindicata norma a carico dell'ing. Capozzi, amministratore cessato dalla carica nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando e la presentazione della domanda di partecipazione alla gara de qua che invece in ragione di tale status avrebbe dovuto essere resa personalmente.

Ritiene il Collegio che quanto rilevato dal primo giudice in ordine alla irregolarità della dichiarazione in questione sia da condividere.

L'art.38 del dlgs n.163/2006 (codice dei contratti) a proposito dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare stabilisce tra l'altro quanto segue :

"1 sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti:

“ b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 37712/1956 n.1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1956 n.575”...;

“c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art.444 del codice di procedura penale per reati gravi in danno dello stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale... In ogni caso l'esclusione o il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione della gara...”

“m-ter : di cui alla precedente lettera b) che pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 169 del codice penale ... non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria”.

Il predetto articolo poi al punto 2 prevede espressamente che : “ il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa di cui al DPR 28 dicembre2000 n. 455...”.

Dal canto suo il bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 17/10/2011, al punto III.2.1, relativamente alle condizioni di partecipazione ha richiesto, a pena di esclusione , le dichiarazioni /documentazioni ai sensi degli artt. 19,46,e 47 del DPR n. 445/2000 in ordine all'assenza delle condizioni ostative di cui all'art.38 lettere b), c) m- ter da parte del legale rappresentante del candidato o da soggetto munito di idonei poteri e “dagli altri soggetti specificati nei successivi punti” tra cui anche “i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”(punto III.2.1 lettera a.4).

In base al combinato disposto di cui alle prescrizioni di rango legislativo e della lex specialis sopra descritte si evince che la insussistenza delle situazioni contemplate dall'art. 38 comma 1 lettere b), c) ed m-ter devono essere verificate nei confronti degli organi di vertice dei soggetti partecipanti ma anche di quelli che sono cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara , con la conseguenza che la mancata dichiarazione relativa ai requisiti personali e di moralità di cui al citato art.38 comporta l'automatica esclusione dalla procedura selettiva (Cons Stato Sez. III 5/4/2013 n. 1894).

Nella specie è accaduto che l'ing. Massimo Capozzi è stato legale rappresentante e direttore tecnico della Oberosler e si è dimesso dalle predette cariche dopo che è stato pubblicato il bando di gara e prima della presentazione della domanda di partecipazione alla stessa, senza che abbia prodotto personalmente alcuna dichiarazione attestante l'inesistenza delle cause di esclusione di cui sopra .

Ora è indubbio che l'ing. Capozzi era tenuto ad adempiere all'obbligo dichiarativo ex art.38 citato perché ricopriva una rilevante carica societaria al momento della indizione della gara coincidente con la pubblicazione del bando che, com'è noto, rappresenta il discrimine temporale che definisce sia i soggetti in carica che quelli cessati (Cons Stato Sez. V 27/12/2013 n. 6271).

Ebbene, l'onere dichiarativo per il predetto deve ritenersi sussistente anche per l'altro titolo, quello che lo vuole tra i “cessati”, giacchè anche a voler inserire l'ing. Capozzi tra i cessati nell'anno antecedente il bando, anche qui sia il dato normativo sia la prescrizione di bando (punto III.2.1) imponeva l'obbligo di attestazione in parola e tanto a mezzo di dichiarazione individuale da rendersi a cura dell'interessato, senza che tale specifico documento nella specie risulti sia stato formato e prodotto.

Parte appellante in ordine al profilo di doglianza dedotto dall'originario ricorrente incidentale , come ritenuto fondato dal TAR, obietta con il fatto che l'ing. Capozzi è stato considerato cessato dalla carica e che il legale rappresentante della Oberosler ha reso espressamente la dichiarazione circa la insussistenza in capo al medesimo delle cause di esclusione previste dalla legge e dal bando, sicchè alcun onere dichiarativo sarebbe stato eluso.

La tesi difensiva per quanto abilmente prospettata non appare condivisibile.

In primo luogo si osserva come l'ing. Capozzi è cessato(il dato è incontestato) nell'arco temporale che va dopo la pubblicazione del bando e prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara , il che sta a significare che in relazione ad una fase particolarmente qualificante per la procedura selettiva, quella dell'indizione, il predetto era ancora in carica e ricopriva un ruolo rilevante per la Società stessa, sicchè non può considerarsi cessato alla stregua dell'ordinaria definizione di tale termine e quindi sotto la veste di organo ancora in carica avrebbe dovuto produrre l'apposita dichiarazione (cosa non avvenuta).

Ma anche a voler seguire il ragionamento dell'appellante e quindi a considerare l'ing. Capozzi comunque cessato, la disciplina di gara ha in ogni caso imposto l'onere dichiarativo in termini perentori anche per la situazione antecedente la pubblicazione del bando di gara, obbligo da esplicarsi con le modalità previste dal comma 2 dell'art. 38 citato e cioè a

mezzo di dichiarazione sostitutiva a rendersi personalmente dal soggetto interessato, il che esclude che una siffatta dichiarazione possa essere resa, come avvenuto, da terzi in luogo e per conto dell'ing. Capozzi.

Qui può anche non discutersi della veridicità o meno di quanto dichiarato a proposito dello status rivestito dal Capozzi, ma ciò che rileva è che nella specie mancano le dichiarazioni da rendersi personalmente in ordine alla insussistenza delle condizioni ostative da chi a tale obbligo era tenuto sia che lo si voglia ritenere organo di vertice in carica sia che lo si ritenga cessato, laddove la presenza delle relative personali dichiarazioni erano parimenti imposte dalle previsioni recate dalla *lex specialis*, aventi natura cogente e perentoria.

Ne deriva che l'assenza della documentazione nei sensi e con le modalità sopra descritte comprovante i requisiti personali e di moralità dei partecipanti non può non comportare l'applicazione della misura espulsiva dalla gara, giacché se così non fosse si inverirebbe una non consentita elusione di un adempimento prescritto obbligatoriamente dalla disciplina di gara, oltretutto una palese violazione del canone della par condicio tra i partecipanti che deve assistere lo svolgimento della procedura selettiva dall'inizio e fino alla conclusione della stessa (Cons. Stato Sez. III 29/1/2015 n. 395) .

Con l'originario ricorso incidentale di tipo paralizzante l'attuale appellata Donati ha pure denunciato con il secondo motivo la inadeguatezza , in fase di prequalifica , dei requisiti di partecipazione dell'appellante sul rilievo che la mandante dell'ATI Oberosler, la Società Edil Moter era in possesso di una qualificazione (attestazione SOA) insufficiente rispetto alla percentuale di partecipazione al raggruppamento.

Il primo giudice ha ritenuto fondato anche questo vizio di legittimità denunciato dalla Donati e questa Sezione ritiene di dover condividere le statuizioni rese sul punto dal TAR.

Il bando di gara al punto III.2.3), quale sotto paragrafo del punto III.2) inerente le condizioni di partecipazione , richiedeva , in relazione alla capacità tecnica , a pena di esclusione, che RTI e i Consorzi ordinari di imprese dimostrassero di possedere il possesso dei "requisiti di qualificazione in conformità all'art.37 del dlgs 163/06 ed all'art.92 del DPR n. 207/2011, con l'obbligo, come previsto dal successivo paragrafo, di " indicare le quote di partecipazione relative a ciascun operatore economico in coerenza con la percentuale dei requisiti posseduti di cui al precedente punto III.2.2 lettera a) e III.2.3 lettera a) e b)", laddove la prima delle predette ultime previsioni precisava che l'esecutore dell'opera doveva essere in possesso di "attestazione di qualificazione in corso di validità , adeguata per categoria e classifica ai valori dell'appalto da aggiudicare rilasciata da una SOA autorizzata per l'attività di costruzione e progettazione".

Ora con riferimento alla normativa dettata dal bando di gara si può ragionevolmente dedurre, per quanto si va ad esporre che le prescrizioni imposte in tema di dimostrazione di capacità tecnica non risultano essere state compiutamente osservate dalla Società appellante.

Invero, sulla scorta della documentazione di causa è pacifico che Oberosler ed Edil Moter hanno dichiarato di volersi associare ai sensi dell'art. 37 del dlgs n. 163/06 , dando vita ad un costituendo RTI di tipo orizzontale e dichiarando le quote di partecipazione delle componenti la costituenda Associazione Temporanea di Imprese nella seguente misura: Oberosler 65% e Edil Moter 35%.

Ebbene la mandante Edil Moter era iscritta, alla categoria prevalente dell'appalto de quo (OG3), in base all'attestazione SOA per la classifica VIII per un importo fino a 15.494.000 euro che risulta inferiore a quello al 35% della quota di apporto partecipativo all'ATI dichiarata, rapportata all'importo complessivo dell'appalto, nel che si evidenzia che ab origine la mandante Edil Moter difettava dei requisiti di qualificazione tecnica richiesti dal bando, quelli esattamente coincidenti con il possesso di una attestazione SOA nella categoria OG3 per un importo tale da garantire il 35% della quota di partecipazione, di gran lunga superiore a quello indicato ed in possesso.

Vero è a tale proposito che la lettera d'invito ammetteva modifiche sia soggettive che oggettive nella composizione dei raggruppamenti tra la fase di prequalifica e quella di gara, ma la stessa lettera specificava che ciò sarebbe potuto avvenire "fermo restando le condizioni e i limiti di cui al bando medesimo" e sul punto il bando (terz'ultimo capoverso della pag. 10) prevedeva la possibilità per il raggruppamento di sostituire una più mandanti con altra o altre "purchè in possesso dei requisiti per la partecipazione pari o superiori a quelli dell'impresa sostituita /e"

La *lex specialis* ha consentito quindi la modificazione soggettiva in sede di gara semprechè però permanessero i requisiti richiesti in sede di prequalifica e nel caso di specie l'ingresso nel raggruppamento della ulteriore mandante SO.VE.CO. non è avvenuto in consonanza con quanto in proposito la norma suindicata ha inteso preservare se è vero che l'intervento di tale ultima Società è volto allo scopo di raggiungere la quota di qualificazione originariamente mancante , mediante una rimodulazione delle quote di lavori da eseguire, ma se così è appare evidente che un siffatta "sanatoria" di una deficienza ab origine insorta non sia consentita.

Parte appellante sulla quaestio critica le osservazioni e prese conclusioni del TAR sul rilievo che la mandataria Oberosler possedeva da sola tutti i requisiti necessari per la partecipazione alla gara e che la fase di prequalifica cui attiene

l'addebito mosso al RTI citato è solo una fase preliminare , destinata a recedere rispetto alla fase di presentazione delle offerte in cui occorre in concreto verificare la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale delle concorrenti.

Anche qui l'argomentazione difensiva dell'appellante non convince.

La stazione appaltante ha effettuato, con le apposite previsioni recate dal bando, una scelta fondamentale cui non può non darsi rilevanza, quella di verificare la sussistenza dei requisiti in questione indicativi dell'affidabilità tecnica dei concorrenti alla specifica fase della prequalifica e ciò è indubbiamente e legittimamente rimesso al potere d'azione dell'Amministrazione che ha codificato la possibilità di esercitare tale verifica in sede di bando di gara e cioè a mezzo di una fonte normativa di eccellenza, quella destinata a disciplinare l'iter procedurale della gara.

Quanto poi al fatto che Oberosler disponeva di per sé qualificazioni sufficienti e sovrabbondanti per tutte le lavorazioni, ciò non vale ad invalidare la circostanza per cui avuto riguardo alla formula organizzatoria prevista dall'art. 37 del dlgs n.16372006 di cui nella ci si è avvalso espressamente, le Società concorrenti si sono vincolate alla regola della doverosa corrispondenza tra quota di attività assunta, quota di partecipazione al raggruppamento e misura di qualificazione posseduta che nella specie non risulta riscontrabile.

Conclusivamente i due assorbenti motivi del ricorso incidentale di primo grado appena esaminati si appalesano fondati dovendo ritenersi essersi verificate le condizioni previste dalla normativa ex dlgs n. 163/2006 e dalla lex specialis regolante la procedura selettiva di che trattasi per farsi luogo alla non ammissione alla gara di Oberosler.

La fondatezza del ricorso incidentale di carattere escludente proposto da Donati in primo grado comporta l'inammissibilità del ricorso principale di prime cure della Oberosler che non essendo legittimata a partecipare non può dedurre censure volte a stigmatizzare la gestione della procedura selettiva e gli esiti della stessa (Cons Stato Sez. IV 8/7/2015 n.4170).

Conseguentemente l'appello all'esame in quanto infondato, va respinto.

Le spese del presente grado del giudizio seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello comprensivo dei motivi aggiunti, lo Rigetta.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio nei confronti della controinteressata Impresa Donati Spa che si liquidano complessivamente in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA e CPA ; le compensa nei confronti di ANAS.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 22/06/2016

IL SEGRETARIO

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