

N. 04951/2014REG.PROV.COLL.
N. 06934/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 6934 del 2012, proposto da:
Mazzoni Pietro S.p.A., in persona dell'amministratore unico *pro-tempore*, in proprio e quale capogruppo e mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе con Sintel S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia e presso lo studio di questi elettivamente domiciliata in Roma, alla via Principessa Clotilde n. 2, per mandato a margine dell'appello;

contro

Anas S.p.A., in persona del Presidente *pro-tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato e presso gli uffici della medesima domiciliata per legge in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del T.A.R. per la Campania,

Sezione staccata di Salerno, Sezione I, n. 1609 del 3 agosto 2012, resa tra le parti, con cui è stato rigettato il ricorso in primo grado n.r. 1017/2012, proposto per l'annullamento dell'esclusione dalla gara a procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva degli approntamenti antinfortunistici e messa in opera di un sistema di Pmv, telecamere, sensori di traffico, stazioni metereologiche per il controllo e gestione del traffico nel tratto tra il km. 0+000 e il km. 108+000 dell'autostrada Salerno-Reggio Calabria, con incameramento della cauzione, con condanna al pagamento delle spese processuali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2014 il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avv. Paolantonio, in sostituzione dell'avv. Clarizia, per l'appellante Mazzoni Pietro S.p.A. e l'avvocato di Stato Fedeli per l'appellata Anas S.p.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.) Mazzoni Pietro S.p.A. ha partecipato, quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе con Sintel Italia S.p.A., alla procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva degli approntamenti antinfortunistici e messa in opera di un sistema di Pmv, telecamere, sensori di traffico, stazioni metereologi

che per il controllo e gestione del traffico nel tratto tra il km. 0+000 e il km. 108+000 dell'autostrada Salerno-Reggio2 Calabria.

In sede di verifica a sorteggio *ex art.* 48 del d.lgs. n. 163/2006 le è stato chiesto di documentare i requisiti di partecipazione, e in particolare quello previsto dal punto III.2.3 lettera e) del bando di gara (riproduttivo dell'art. 263 del d.P.R. n. 207/2010), relativo all'organico medio annuo del personale tecnico.

La stazione appaltante, chiesta ulteriore documentazione, ha quindi escluso dalla gara il raggruppamento temporaneo d'impresе ritenendo non "...dimostrato che complessivamente i progettisti indicati, ing. Fulvio Catalano e Piemme Engineering s.n.c., possedessero il requisito del numero medio annuo di personale tecnico, pari almeno a 2 volte le unità stimate nel bando di gara per lo svolgimento di detto incarico (calcolate in n. di 10)", disponendo altresì l'incameramento della cauzione prestata, con escussione della polizza fideiussoria.

Con ricorso in primo grado n.r. 1017/2012 l'interessata ha impugnato il predetto provvedimento, deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

Nel giudizio si è costituita Anas S.p.A., deducendo a sua volta l'infondatezza dell'impugnativa.

2.) Con sentenza in forma semplificata n. 1609 del 3 agosto 2012, emanata in esito alla camera di consiglio del 19 luglio 2012, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare incidentale, il ricorso è stato respinto.

Il giudice amministrativo salernitano, in sintesi, ha ritenuto che la

clausola del bando di gara di cui al punto III.2.3 lettera e), peraltro riproduttiva dell'art. 263 del d.P.R. n. 207/2010, impone, quanto al personale tecnico, e ai fini della sua considerazione nel relativo organico medio annuo, che le collaborazioni abbiano durata almeno annuale, anche non coincidenti necessariamente con un intero anno solare nel quinquennio; laddove, nel caso di specie, quanto alla Piemme Engeneering S.n.c., non sarebbero stati comprovati i rapporti di collaborazione annuale indicati in ciascuno dei tre anni 2008, 2009 e 2010 (tre per il primo, quattro per il secondo e il terzo), né attraverso gli esibiti modelli 770, né attraverso fatture prive di indicazioni sul carattere temporale della prestazione.

Sotto altro profilo, poi, il T.A.R. ha ritenuto che, anche qualora si ammettesse l'insufficienza della motivazione del provvedimento di esclusione, nondimeno non potrebbe disporsene l'annullamento ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 perché esso non potrebbe avere contenuto dispositivo diverso.

3.) Con appello notificato il 28 settembre 2012 e depositato il 2 ottobre 2012, la sentenza predetta è stata gravata, deducendosi, in sintesi, senza rubricazione di motivi, le seguenti censure:

- il provvedimento di esclusione è gravemente carente nella motivazione poiché non indica le ragioni per le quali la documentazione prodotta è stata ritenuta insufficiente ai fini della dimostrazione del requisito, e sotto tale profilo non può ammettersi che il giudice amministrativo salernitano operi una sorta di eterointegrazione alla luce delle difese svolte dall'Anas S.p.A.;

- è del tutto erroneo il rilievo che il vizio di motivazione non possa dar luogo all'annullamento *ex art. 21 octies* legge n. 241/1990, posto che la disposizione si riferisce a vizi afferenti a violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti;
- in ogni caso né la clausola del bando né altre disposizioni normative precludono la valutazione di collaborazioni di personale tecnico di durata inferiore all'anno, rilevando soltanto l'organico medio annuo (si richiamano alcune specifiche collaborazioni svolte da A&D Ingegneria S.n.c. negli anni 2008 e 2009, del dott. Santo Provvvisiero negli anni 2009 e 2010 e di Servizi & Progetti S.r.l., che ha emanato due fatture n. 8/2009 e n. 89/2008, non considerate dal T.A.R.);
- l'incameramento della cauzione è illegittimo perché non relativo a fatto proprio del concorrente alla gara sebbene al progettista.

Nel giudizio si è costituita Anas S.p.A., che con memoria dell'Avvocatura generale dello Stato, depositata il 13 ottobre 2012 ha dedotto l'infondatezza dell'appello, rilevando in sintesi che:

- la clausola del bando è affatto chiara e riprodotiva dell'art. 263 del d.P.R. n. 207/2010, che peraltro all'art. 254 comma 1 lettera d) nell'organico dei tecnici ricomprende appunto, oltre ai soci, amministratori e dipendenti, "i consulenti su base annua muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo risultante dall'ultima dichiarazione IVA";

- il progettista Piemme Engeneering non ha documentato l'esistenza di collaboratori su base annua nei tre anni 2008-2010, a tal fine non essendo sufficiente né gli esibiti modelli 770 (che danno conto del pagamento di importi per consulenze d'importo anche minimo e quindi inidonei a comprovare una collaborazione annua o il rapporto con società d'ingegneria non riconducibile a un chiaro rapporto di collaborazione, né le fatture passive emesse da due società di progettazione, prive di ogni più compiuto elemento esplicativo;
- l'incameramento della cauzione è provvedimento affatto vincolato all'esclusione del concorrente.

Con ordinanza n. 4123 del 17 ottobre 2012 è stata rigettata per carenza di *fumus boni juris* la istanza incidentale di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza e quindi del sottostante provvedimento impugnato.

Con memoria difensiva depositata il 7 febbraio 2014, l'appellante ha ulteriormente illustrato le censure dedotte, insistendo nelle proprie conclusioni.

All'udienza pubblica del 25 febbraio 2014 l'appello è stato discusso e riservato per la decisione.

4.) L'appello in epigrafe è destituito di fondamento giuridico e deve essere rigettato con la conseguente conferma della sentenza gravata.

4.1) Il punto III.2.3 lettera e) del bando di gara richiedeva espressamente una "dichiarazione relativa al numero medio annuo, con riferimento ai migliori tre anni (anche non consecutivi) del quinquennio antecedente la data di pubblicazione del presente bando,

del personale tecnico componente l'unità richiedente (comprendente i soci attivi, i dipendenti ed i consulenti con contratto di collaborazione su base annua, ai sensi della normativa vigente di riferimento); tale requisito dovrà risultare almeno pari a 2 (due) volte le unità stimate per lo svolgimento dell'incarico, indicate al punto II.2.1 del bando".

Trattasi di clausola riproduttiva dell'art. 263 comma 1 lettera d) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (recante "*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*"), che pure, tra i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi per la partecipazione alle gare, si riferisce "al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, ove esistenti, e muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni), in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico".

4.2) Orbene non è contestabile, secondo i condivisibili rilievi del giudice amministrativo salernitano, che il possesso di tale requisito non sia stato documentato, in sede di verifica a sorteggio, non potendosi revocare in dubbio la nozione di "collaboratori su base annua", in quanto denotante un rapporto di collaborazione

coordinata e continuativa almeno annuale, ancorché non necessariamente coincidente con l'anno solare, a tal fine non assumendo rilievo le generiche indicazioni, carenti di specificazioni sulla natura e sulla durata temporale delle collaborazioni, rivenienti dai modelli di dichiarazione fiscale dei redditi della società di persone, né e per le medesime ragioni da fatture passive emesse nei confronti della Piemme Engeneering.

4.3) Né la motivazione del provvedimento di esclusione può considerarsi carente o insufficiente, dovendo rapportarsi relazionalmente al requisito richiesto e alla documentazione prodotta, in disparte la contestata applicabilità dell'art. 21 *octies*, come opinata dal giudice amministrativo salernitano con evidente riferimento a un orientamento giurisprudenziale più recente, ancorché non univoco (nel senso che anche la motivazione possa essere fornita in sede di giudizio, senza violazione del divieto di integrazione in sede giudiziale, cfr. Cons. Stato, Sez. V 20 agosto 2013, n. 4194 e Sez. IV 9 ottobre 2012, n. 5257; in senso contrario Sez. IV 27 maggio 2010, n. 3377 e Sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241).

4.4) L'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità sono consequenziali all'esclusione ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, configurandosi come attività affatto vincolata alla ricognizione dei presupposti legali (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832 e 16 febbraio 2012, n. 810, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1373), né potrebbe revocarsene in dubbio la piena legittimità in relazione alla carenza del requisito in capo al progettista, posto che

sul concorrente grava onere di diligenza in ordine alla scelta del professionista e alla verifica dei requisiti di quest'ultimo, onde la sanzione si ricollega a fatto proprio colpevole (su tale profilo, e con riferimento al dovere di diligenza assunto dai concorrenti che "...con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali hanno piena contezza..." vedi Cons. Stato, Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232 e 10 settembre 2012, n. 4778).

5.) In conclusione, l'appello in epigrafe deve essere rigettato con la conseguente conferma della sentenza gravata, restando assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

6.) Il regolamento delle spese del giudizio d'appello, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) così provvede sull'appello in epigrafe n.r. 6934 del 2012:

- 1) rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza in forma semplificata del T.A.R. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione I, n. 1609 del 3 agosto 2012;
- 2) condanna la società appellante Mazzoni Pietro S.r.l., in persona dell'amministratore unico e/o comunque del legale rappresentante pro-tempore, alla rifusione in favore dell'Avvocatura generale dello

Stato, antistataria *ex lege*, delle spese e onorari del giudizio d'appello, liquidati in complessivi € 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/10/2014

IL SEGRETARIO

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