

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA
in sede giurisdizionale
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 668 del 2013, proposto da:
A&P Associati & Partners S.r.l. e Rem S.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso Enzo Puccio in Palermo, via Nunzio Morello N. 40;
contro
Comune di Siracusa, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Bianca, con domicilio eletto presso Maurizio Cannizzo in Palermo, via Resuttana, 366;
nei confronti di
Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" S.C.P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Ignazio Scuderi, Attilio Maria Toscano e Fabrizio Belfiore, con domicilio eletto presso Luca Di Carlo in Palermo, via Salinas 56;
Acmar - Associazione Cooperativa Muratori e Affini Ravenna Soc. Coop. P.A., Musumeci Costruzioni Generali S.r.l., Emma Lavori Coop. Soc. Coop. A R.L., Girasole Costruzioni Societa' Cooperativa, non costituiti in questo grado del giudizio;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA: SEZIONE I n. 01071/2013, resa tra le parti, concernente APPALTO-AFFIDAMENTO COSTRUZIONE E GESTIONE MEDIANTE TECNICA DI FINANZA DI PROGETTO NUOVO CIMITERO-VERBALI DI GARA-ESCLUSIONE
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Siracusa e di Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" S.C.P.A.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2013 il Cons. Antonino Anastasi e uditi per le parti gli avvocati C. Comandè su delega dell'avv. N. Marcone, l'avv. G. Rubino su delega dell'avv. S. Bianca e l'avv. A. L. M. Toscano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il comune di Siracusa ha indetto una procedura di project financing per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del nuovo cimitero, da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Essendo state presentate tre offerte, l'esito della selezione ha visto classificarsi al primo posto l'ATI Ciro Menotti con punti 92,32 e al secondo posto l'ATI CO & GE con punti 78,58.

Le Imprese Associati & Partners s.r.l. e REM s.r.l., mandanti della seconda classificata e d'ora in avanti indicate come " Associati", hanno impugnato avanti al TAR Catania gli atti della procedura deducendo mediante varie censure l'inammissibilità dell'offerta dell'ATI Consorzio Ciro Menotti (d'ora in avanti " il Consorzio") e, in via gradata, la nullità della gara.

Il Consorzio ha proposto ricorso incidentale escludente.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale Etneo ha accolto il ricorso incidentale ed ha perciò dichiarato inammissibile il ricorso principale.

A sostegno del decisum il Tribunale ha rilevato :

- che un procuratore della mandataria di Associati, ancorchè munito di poteri di rappresentanza gestionale, non aveva dichiarato il possesso dei requisiti generali di onorabilità;

- che alcuni amministratori cessati dalla carica in imprese designate dalla mandataria di Associati per l'esecuzione dei lavori avevano reso dichiarazioni incomplete sui requisiti morali;
- che le mandanti Associati & Partners s.r.l. e REM s.r.l. non erano in possesso della percentuale minima di qualificazione.

La sentenza è stata impugnata dalle società soccombenti le quali ne hanno chiesto l'integrale riforma, previa sospensione dell'esecutività, tornando poi a riproporre le censure già versate nel ricorso principale e non esaminate dal primo Giudice.

Si è costituito in resistenza il Consorzio il quale ripropone le censure incidentali non esaminate in prime cure.

Si è costituito il comune di Siracusa il quale domanda il rigetto dell'appello ed eccepisce comunque la tardività del ricorso introduttivo nonché l'inammissibilità dello stesso, in quanto non proposto dalla mandataria dell'ATI Associati.

Con ord.za n. 729 del 2013 questo Consiglio ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, sull'assunto della dubbia fondatezza delle censure incidentali accolte dal TAR e della probabile fondatezza dei motivi primo terzo e quarto di cui al ricorso principale.

Le Parti hanno depositato memorie e repliche, insistendo nelle già rappresentate conclusioni.

All'Udienza dell'11 dicembre 2013 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Le deduzioni mediante le quali il comune di Siracusa eccepisce la tardività del ricorso introduttivo e la sua inammissibilità sono da disattendere.

Per quanto riguarda la tardività, il ricorso deve considerarsi tempestivamente proposto da Associati nel termine decadenziale decorrente dalla ricevuta comunicazione della delibera di aggiudicazione definitiva e individuazione del promotore.

Per quanto riguarda l'ammissibilità del ricorso, deve ricordarsi che ogni singola impresa facente parte del raggruppamento è per consolidata giurisprudenza legittimata ad agire in giudizio contro gli esiti di una selezione ad evidenza pubblica, indipendentemente dall'adesione delle altre imprese consociate.

Infatti il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capo gruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'Amministrazione e delle imprese terze controinteressate, ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singulatim, mancando un'espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento e in quella nazionale di recepimento (ad es. VI Sez. n. 2956 del 2010). Ciò premesso, si esaminano i motivi mediante i quali l'appellante principale Associati sostiene l'infondatezza delle censure incidentali del Consorzio accolte dal TAR.

Per la verità, fondato è il primo motivo di impugnazione mediante il quale Associati deduce che ha errato il TAR nello stigmatizzare l'omessa dichiarazione sui requisiti generali da parte della dott.ssa R. procuratrice della mandataria munita di poteri gestionali.

Per quanto concerne le omesse dichiarazioni dei procuratori speciali è noto che sulla relativa questione si sono contrapposti due diversi indirizzi giurisprudenziali.

Secondo l'orientamento assolutamente maggioritario ed al quale questo Consiglio di Giustizia ha più volte aderito, l'esclusione dalla gara pubblica, stabilita dall'art. 38 del codice contratti pubblici nell'ipotesi di omessa dichiarazione, riguardava i soli amministratori e non anche i procuratori speciali o ad negotia, i quali non sono amministratori, e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati, dovendosi ancorare l'applicazione della norma su basi di oggettivo rigore formale.

Secondo altro orientamento doveva ritenersi assistente l'obbligo di dichiarazione ex art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa in quanto soggetto idoneo ad influenzare con il proprio comportamento la partecipazione dell'impresa di riferimento alla gara. (cfr. IV Sez. n. 6664 del 2012).

Allo stato la questione risulta risolta dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 2013 la quale ha aderito all'indirizzo sostanzialista.

La citata sentenza ha però precisato che – per le gare anteriormente svolte - "stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione."

Nel caso all'esame la ricorrente incidentale non ha mai sostenuto che la procuratrice fosse in concreto priva dei requisiti, di talché la censura incidentale andava respinta.

Con il secondo motivo d'appello Associati sostiene che le dichiarazioni concernenti gli amministratori cessati dalla carica nelle imprese designate Cooperativa Costruzioni e Resi erano del tutto regolari e conformi alla legge speciale.

Diversamente da quanto opinato da questo Consiglio in sede cautelare il mezzo risulta infondato con riguardo alla pozione dell'ing. G. G., direttore tecnico della Cooperativa Costruzioni, cessato dalla carica in data 1.3.2011.

Come consentito, la dichiarazione sui requisiti morali del direttore cessato è stata resa dal legale responsabile della Cooperativa il quale ha dichiarato l'insussistenza di cause di esclusione a carico del predetto sino alla data di cessazione dalla carica, dissociandosi da eventuali pendenze acclarate successivamente.

Tale dichiarazione è dunque carente perché essendo temporalmente limitata alla data di cessazione dalla carica non copre il periodo che va da essa sino alla data di pubblicazione del bando (agosto 2011), periodo nel quale ben potrebbero essere divenute irrevocabili condanne relative a reati professionali anteriormente commessi dal direttore tecnico. (cfr. C.G.A. nn. 201 del 2011, 336 del 2012 e 658 del 2001 nonché III Sez. n. 5757 del 2012).

In sostanza, come icasticamente osservato dal TAR, seguendo la tesi dell'appellante per eludere la norma imperativa sui requisiti morali sarebbero sufficienti le dimissioni del soggetto prossimo ad essere irrevocabilmente condannato e la spendita in gara da parte dell'impresa di una dichiarazione cristallizzata al momento delle dimissioni.

D'altra parte, secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, la incompletezza sostanziale della autocertificazione non può ritenersi sanata in virtù della dichiarazione mediante la quale il legale rappresentante della Cooperativa si è dissociato da eventuali condotte sanzionate a carico di quel direttore nel periodo successivo alla cessazione.

Infatti, per rilevare in senso esimente la dissociazione, giusta l'espresso disposto dell'art. 75 del Regolamento, essa deve, da un lato, correlarsi ad una specifica condotta penalmente sanzionata e deve, d'altro canto, soprattutto richiamare atti o misure concretamente adottate (ad es. azione di responsabilità) dall'impresa nei confronti dell'amministratore.

Ne consegue che la mera dichiarazione in via ipotetica ed eventuale prodotta dall'appellante non comporta quella dissociazione esistente, univoca e completa richiesta dalla giurisprudenza (cfr. V Sez. n. 4804 del 2007) e quindi non vale a sopperire alle carenze sostanziali della originaria autocertificazione.

Trattandosi di carenze sostanziali e incidenti su ambiti di particolare rilievo, consentirne l'integrazione successiva – come pretende l'appellante - avrebbe irrimediabilmente leso la parità di condizione tra i concorrenti.

Sul punto infatti il Collegio intende dare continuità all'indirizzo giurisprudenziale consolidato di questo Consiglio secondo il quale nelle gare d'appalto, in caso di dichiarazioni sostitutive dei documenti risultate irregolari, la Pubblica amministrazione non può disporre la regolarizzazione in applicazione dell'obbligo di soccorso previsto dall'art. 46 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, non potendo orientare in alcun modo la volontà contrattuale delle partecipanti alla gara e tantomeno consentire a singole imprese di chiarire ex post aspetti delle rispettive offerte la cui oscurità, seppure in presenza di un chiaro dettato della normativa di gara, sia riconducibile ad esclusiva responsabilità delle medesime partecipanti. (ex multis CGA n. 83 del 2012).

Quanto esposto circa la effettiva fondatezza della censura incidentale accolta dal TAR è sufficiente a determinare la reiezione dell'appello principale.

Per esigenze di completezza si ritiene tuttavia opportuno statuire quanto segue – sia pure in via necessariamente sintetica – sulle questioni sollevate dalle ulteriori censure incidentali.

Infondato è il motivo mediante il quale le appellanti contestano l'accoglimento da parte del TAR della censura del Consorzio riguardante la carenza di qualificazione delle due Imprese mandanti A&P e REM. Come è noto, l'art. 92 del Regolamento di cui al DPR n. 207 del 2010 impone alle mandanti del Raggruppamento il possesso di requisiti di qualificazione minimi del 10% sull'importo a base di gara. Nel caso in esame l'importo dei lavori per la ctg. prevalente OG1 è di circa 20 milioni di Euro laddove le Imprese mandanti sono in possesso di attestazione per la ctg. OG1 classifica seconda fino a 516.000, e dunque non posseggono la qualificazione minima.

Dal momento che le stesse, pacificamente, hanno dichiarato di voler eseguire direttamente i lavori la carenza dei requisiti minimi doveva comportare l'esclusione della relativa offerta.

Oppone al riguardo Associati che le dichiarazioni di cui si discute sono state rese erroneamente dalle Imprese, in ciò fuorviate dalla modulistica approntata dall'Amministrazione.

Il rilievo non merita positiva considerazione in quanto anche ad ammettere la carenza della modulistica non si vede perché due Imprese – asseritamente intenzionate a svolgere solo il futuro servizio di gestione del nuovo cimitero – abbiano voluto rendere una dichiarazione finalizzata (ai sensi del punto 5.3 del disciplinare) a chiarire l'intenzione del concorrente di eseguire direttamente i lavori ovvero di subappaltarli. Oppone altresì l'appellante che in altra dichiarazione il Consorzio aveva chiarito che i lavori sarebbero stati svolti tramite proprie cooperative consorziate.

Anche questo rilievo non può esser positivamente valutato in quanto la dichiarazione in questione può ben essere intesa come riferita ai soli lavori di competenza del Consorzio e quindi non confligge con la contraria dichiarazione volontariamente resa dalle mandanti.

Passando ad esaminare le censure incidentali assorbite in prime cure e qui riproposte dal Consorzio, è infondata la censura mediante la quale si deduce che Associati non avrebbe rispettato le norme che impongono la presenza del c.d. giovane professionista nell'ambito dei Raggruppamenti temporanei.

Al riguardo, chiarito che la mandante del RTI affidatario della progettazione ha indicato come giovane professionista il suo dipendente ing. M.M., basterà ricordare che secondo questo Consiglio ai fini della valida partecipazione di un raggruppamento temporaneo a procedure indette per l'aggiudicazione di servizi di progettazione, ai sensi dell'art. 51 D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, è sufficiente che nella compagine del raggruppamento sia contemplata la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato iscritto all'albo da meno di cinque anni, senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuali. (cfr. CGA n. 293 del 2011).

Fondata – e di rilievo sostanziale – è invece la censura incidentale mediante la quale il Consorzio ha dedotto che l'ATI avversaria avrebbe dovuto esser esclusa per avere affidato la redazione del progetto preliminare e le successive fasi di progettazione architettonica generale del nuovo cimitero ad un architetto e non come dovevasi ad un ingegnere civile.

In fatto, è assodato che l'ATI ha affidato la redazione del progetto preliminare ad uno studio di architetti ed ha dichiarato che tale studio avrebbe eseguito, in caso di aggiudicazione, le successive fasi di progettazione generale.

Dal momento che il progetto preliminare è sottoscritto oltre che dall'architetto responsabile di detto studio anche da ingegneri con lo stesso riuniti in ATI, la questione da decidere investe soltanto l'affidamento della progettazione generale del cimitero.

In proposito questo Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dalla decisione IV Sez. n. 2938 del 2000, alle cui ampie e persuasive motivazioni si fa qui integrale rinvio.

In quella decisione (la quale significativamente disattende le pretese avanzate da un Ordine degli architetti) si chiarisce che la progettazione delle opere cimiteriali è esclusivo appannaggio degli ingegneri trattandosi di opera igienico sanitaria, ferma restando la concorrente competenza degli architetti alla progettazione degli elementi che presentino rilevanti caratteri artistici e monumentali.

Quindi il rapporto tra le competenze professionali dell'ingegnere e quelle dell'architetto in materia si configura esattamente al contrario di quanto sostiene Associati: la progettazione generale dell'opera spetta all'ingegnere al quale può aggiungersi per singoli progetti edilizi aventi caratteristiche artistiche o monumentali l'architetto, essendo invece escluso che l'architetto possa progettare l'intero piano, demandando all'ingegnere la cura di specifici elementi tecnico – infrastrutturali (fognature condotti ect.).

Sulla scorta delle considerazioni che precedono risulta dunque che il ricorso incidentale era, come statuito dal TAR, fondato con conseguente inammissibilità del ricorso principale.

Al riguardo va doverosamente precisato che al giudizio in esame non risultano applicabili i criteri direttivi desumibili dalla sentenza 4.7.2012 –C-100/12 con la quale la Corte di Giustizia CE ha affermato in sostanza che l'accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può ex se comportare (come invece ritenuto da Ap. n. 4 del 2011) l'inammissibilità del ricorso principale proposto dall'unico altro offerente e secondo graduato.

Infatti nel caso all'esame la graduatoria finale registra tre offerte valide di talchè la ricorrente principale, una volta esclusa dalla gara, non potrebbe vantare alcun interesse strumentale al rinnovo della procedura. In definitiva l'appello va respinto ma le spese di questo grado del giudizio devono essere compensate, visto l'alterno andamento della controversia e la complessità di alcune delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Le spese del grado sono compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Maria De Lipsis, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere, Estensore

Ermanno de Francisco, Consigliere

Pietro Ciani, Consigliere

Giuseppe Mineo, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 31/01/2014.