



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8702 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

PROGER S.P.A., in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Synesis S.p.A., Manens Tifs S.p.A., Systematics S.p.A., arch. Luca Gonzo, arch. Laura Migliore, dott. Enzo Iacopini, dott. Francesco Meloni, in persona del legale rappresentante in carica, nonché SYNESIS S.P.A., MANENS TIFS S.P.A., SYSTEMATICA S.P.A., ognuna in persona del proprio legale rappresentante in carica, e ARCH. LUCA GONZO, ARCH. LAURA MIGLIORE, DOTT. ENZO IACOPINI e DOTT. FRANCESCO MELONI, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Stefano Vinti, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

contro

INFRASTRUTTURE LIGURIA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Cocchi, Gabriele Pafundi e Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14a/4;

nei confronti di

COMUNE DI LA SPEZIA, in persona del sindaco in carica, e
COMITATO PER L'OSPEDALE DEL FELETTINO, in persona del legale rappresentante in carica, non costituiti in giudizio;

POLITECNICA INGEGNERIA ED ARCHITETTURA SOCIETA' COOPERATIVA, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Fabrizio Gemmi e Hopkins Architect Limited, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Costanzo Frattin e Lucia Buononato, con domicilio eletto presso l'avv. Lucia Buononato in Roma, via delle Milizie, n. 114;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA – GENOVA, Sez. II, n. 9201 del 13 ottobre 2010, resa tra le parti, concernente GARA PER AFFIDAMENTO SERVIZI DI PROGETTAZIONE PER LA REALIZZAZIONE DEL NUOVO OSPEDALE DI LA SPEZIA - RIS. DANNI;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infrastrutture Liguria S.r.l., che ha spiegato anche appello incidentale, integrato da motivi

aggiunti, e di Politecnica Ingegneria ed Architettura Societa' Cooperativa, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Fabrizio Gemmi e Hopkins Architect Limited;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Chirulli, su delega dell'avv. Vinti, Cocchi, Pafundi e Frattin;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Infrastrutture Liguria s.r.l., con bando pubblicato sulla G.U.C.E. il 22 settembre 2009 e sulla G.U.R.I., serie speciale n. 114, il 28 settembre 2009, successivamente rettificato il 15 ottobre 2009, ha indetto un gara di appalto per l'affidamento di “Servizi di progettazione preliminare e definitiva, coordinamento sicurezza ed attività accessorie per la realizzazione del nuovo ospedale della Spezia ed attività connesse” per un ammontare di €. 4.590.000,00 (Iva e oneri previdenziali esclusi), da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in base ai seguenti criteri: 1) caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta, secondo sub – criteri, punteggi e criteri motivazionali indicati nel disciplinare di gara, massimo 70 punti; 2) prezzo offerto, massimo 30 punti).

All'esito della gara l'appalto è stato aggiudicato definitivamente al

costituendo R.T.I. tra Politecnica Ingegneria e Architettura Soc. coop. (capogruppo mandataria), Hopkins Architect Ltd e dott. Fabrizio Gemmi (mandanti) [d'ora in avanti R.T.I. Politecnica], che ha conseguito complessivamente 93,61 punti (di cui 70 per l'offerta tecnica e 23,61 per quella economica).

2. La Proger S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Synesis S.p.A., Manens Fifs S.p.A., Systematica S.p.A., arch. Luca Gonzo, arch. Laura Migliore, dott. Enzo Iacopini (geologo) e dott. Francesco Meloni (mandanti) [d'ora in avanti R.T.I. Proger S.p.A.], nonché tutti i predetti, secondi classificati con punti 89,16 (di cui 65,86 per l'offerta tecnica e 23,3 per l'offerta economica), hanno chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore del R.T.I. Politecnica, oltre che degli atti ad esso presupposti, quali in particolare la stessa ammissione, con riserva, alla gara dell'aggiudicatario, i verbali di valutazione dell'offerta e le richieste di chiarimenti avanzate dalla stessa stazione appaltante, deducendone l'illegittimità per le molteplici violazioni, sotto svariati profili, degli articoli 37, 38 e 46 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, degli artt. 46 e 71 del D.P.R. n. 445 del 2000 e della lex specialis della gara.

3. L'adito tribunale, sez. II, con la sentenza n. 9201 del 13 ottobre 2010, nella resistenza della Infrastrutture Liguria s.r.l., del controinteressato R.T.I. Politecnica, che ha spiegato anche ricorso

incidentale, e con l'intervento ad opponendum del Comune di La Spezia e del Comitato per l'Ospedale del Felettino, respinta l'eccezione di tardività del ricorso (per violazione del termine abbreviato di 30 giorni per la proposizione del ricorso ex D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, entrato in vigore il 27 aprile 2010, che tuttavia non trovava applicazione nel caso di specie in cui in ogni caso sussistevano i presupposti per la concessione del beneficio dell'errore scusabile) e dichiarati altresì inammissibili per carenza di legittimazione gli spiegati interventi ad opponendum, ha rigettato il ricorso principale, ritenendo infondate tutte le censure mosse nel merito, restando pertanto assorbiti i motivi di censura sollevati con il ricorso incidentale.

4. La Proger S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Synesis S.p.A., Manens Fifs S.p.A., Systematica S.p.A., arch. Luca Gonzo, arch. Laura Migliore, dott. Enzo Iacopini (geologo) e dott. Francesco Meloni (mandanti) nonché tutti i predetti, hanno impugnato il dispositivo di sentenza n. 16 del 1° ottobre 2010, riproducendo in sostanza tutti i motivi di censura sollevati in primo grado [“I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/06 – Violazione e falsa applicazione dell'art. III.2 del bando di gara ed in particolare del III.2.1. “Situazione personale degli operatori”, nonché dell'art. 3 (1^ fase) domanda di partecipazione ed in particolare dell'art. 3.1 “Modalità di presentazione e contenuti” – Eccesso di potere per disparità di

trattamento”, a sua volta articolato in “I.1. Quanto alla mancata dichiarazione dell’art. 38 lettera m) del D. Lgs. n. 163/06 da parte di Politecnica Ingegneria ed Architettura, Hopkins Architect Limited e dott. Fabrizio Gemmi”; “I.II. Sulla mancata dichiarazione della lettera m) ter”; “I.III. Sulla violazione di quanto disposto dall’art. 38 lett. c) e dall’art. 3.1. del disciplinare (in particolare violazione della lettera D)”; “II. Violazione e falsa applicazione dell’art. 43 del D. Lgs. n. 163/06 – Violazione e falsa applicazione dell’art. 71 e 46 del D.P.R. n. 445/00 – Violazione e falsa applicazione dell’art. 7 della L. n. 241/90, violazione dei principi di ragionevolezza e parità di trattamento”; “III. Violazione e falsa applicazione di quanto disposto dalla nota 4 dicembre 2009 prot. n. 300 della Infrastrutture Liguria s.r.l.”; “IV. Violazione e falsa applicazione dell’art. III.2.2.) “Capacità economica e finanziaria” e III.2.3. “Capacità tecnica” del bando di gara. Violazione e falsa applicazione dell’art. 4.1. lett. A.2 lett. c) del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell’art. 37 del D. Lgs. n. 163/06”].

Con motivi aggiunti notificati all’esito del deposito della sentenza segnata in epigrafe, gli appellanti, richiamati i motivi di gravame già spiegati, hanno lamentato l’erroneità della predetta pronuncia, frutto, a loro avviso, di un approssimativo apprezzamento della fattispecie e della documentazione prodotta, deducendone anche la carenza e la superficialità della motivazione.

Infrastrutture Liguria s.r.l., oltre a costituirsi in giudizio, ha proposto

prima appello incidentale e poi motivi aggiunti, dopo il deposito della sentenza, deducendo l'erroneità di quest'ultima nella parte in cui è stata respinta l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo del giudizio, contestando anche la asserita ricorrenza dei presupposti per concessione dell'errore scusabile.

Il R.T.I. Politecnica ha resistito al gravame, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza, chiedendone il rigetto e riproponendo espressamente, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., i motivi di censura svolti col ricorso incidentale di primo grado, non esaminati per l'infondatezza del ricorso principale.

4. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

All'udienza del 17 maggio 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Deve essere innanzitutto esaminato l'appello incidentale spiegato da Infrastrutture Liguria s.r.l., che ha censurato l'impugnata sentenza nella parte in cui ha, a suo avviso erroneamente, respinto l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, notificato solo il 7 giugno 2010, lamentando la palese violazione del termine di 30 giorni dalla conoscenza del provvedimento impugnato (16 aprile 2010) fissato dall'art. 8 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (modificativo dell'art. 245 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), entrato in vigore il 27 aprile 2010 ed immediatamente applicabile per la sua pacifica natura di norma

processuale (anche per la mancanza di una specifica disciplina transitoria); il che, a suo avviso, rendeva erroneo il richiamo operato dai primi giudici all'istituto dell'errore scusabile, difettandone nel caso di specie i relativi presupposti.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

Come si evince dagli atti di causa il R.T.I. Proger S.p.A., ricorrente in primo grado, ha avuto piena ed effettiva conoscenza dell'aggiudicazione dell'appalto in questione al R.T.I. Politecnica in data 16 aprile 2010 (non essendo stata fornita da Infrastrutture Liguria s.r.l. alcuna prova dell'effettiva conoscenza del predetto atto lesivo in un momento anteriore), allorquando la stazione appaltante ha trasmesso, a mezzo fax, la nota prot. 584 di pari data, nella quale era altresì precisato che avverso il predetto provvedimento poteva essere proposto ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Liguria entro 60 giorni ovvero ricorso straordinario al Presidente della Repubblica entro 120 giorni.

Il termine per l'impugnazione del provvedimento ha pertanto iniziato a decorrere in data 17 aprile 2010, sotto la vigenza dell'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (come modificata dalla legge 21 luglio 2000, n. 205) che, pur stabilendo che nelle materie ivi indicate (tra cui quelle relative a provvedimento di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità) i termini processuali erano ridotti alla metà, escludeva espressamente da tale dimezzamento il termine per la proposizione del ricorso,

fissato ordinariamente in 60 giorni.

In virtù del principio *tempus regit actum* la fattispecie in esame non può pertanto essere assoggettata alla disciplina di cui all'art. 8 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (modificativo dell'art. 245 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che ha invece fissato in 30 giorni il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione delle gare di appalto, essendo esso entrato in vigore il 27 aprile 2010 (quando cioè il ricordato termine di impugnazione aveva già iniziato a decorrere): in mancanza, infatti, di un'apposita disciplina transitoria il principio *tempus regit actum* costituisce lo strumento più adeguato per assicurare la giusta composizione dei contrapposti interessi pubblici in gioco (quello pubblico, finalizzato ad ottenere alla la certezza dei rapporti giuridici in un campo di particolare delicatezza quale quello degli appalti pubblici, quello privato al pieno ed effettivo esercizio del diritto costituzionale di difesa, che non può essere reso eccessivamente gravoso), a nulla rilevando pertanto la (non contestata) natura processuale della norma invocata a sostegno dell'eccezione di tardività.

Del resto, può condividersi l'assunto dei primi giudici secondo cui la successione non coordinata delle due discipline processuali costituisce motivo sufficiente per riconoscere il beneficio dell'errore scusabile, tanto più che, come ricordato nella nota n. 584 del 16 aprile 2010, la stazione appaltante aveva essa stesso indicato in 60 giorni il termine per proporre ricorso al tribunale amministrativo

regionale amministrativo.

L'appello incidentale deve essere pertanto respinto.

6. Passando all'esame dell'appello principale proposto dall'A.T.I. Proger S.p.A., la Sezione è dell'avviso che i relativi motivi di gravame siano infondati alla stregua delle seguenti osservazioni.

6.1. Con il primo articolato motivo di gravame l'appellante ha lamentato la omessa esclusione dalla gara del R.T.I. aggiudicatario i cui componenti avevano tutti omesso di dichiarare l'insussistenza delle cause ostative di cui all'articolo 38, lett. m) ed m) ter, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

La doglianza non può essere condivisa, essendo fondata su di una inammissibile interpretazione formalistica delle dichiarazioni rese, macroscopicamente in contrasto per altro con le disposizioni contenute nella lex specialis.

6.1.1. Giova premettere che, com'è del resto pacifico tra le parti, il bando di concorso, alla Sezione III.2. "Condizioni di partecipazioni", distingueva tra "Situazione personale degli operatori" (punto III.2.1.), "Capacità economica e finanziaria" (punto III.2.2.) e "Capacità tecnica" (punto III.2.3.), indicando per ognuna di esse le dichiarazioni necessarie ai fini della ammissione alla gara: per quanto qui interessa, con riferimento alla "Situazione personale degli operatori" era prevista una dichiarazione in conformità al D.P.R. 445/2000 attestante, tra l'altro, la "insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 51 del D.P.R.

554/1999”.

Il Disciplinare di gara, poi, all’art. 3 (“1^ fase – domanda di partecipazione), nell’individuare le modalità di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e nell’indicare i documenti di cui la domanda stessa doveva essere corredata (tra cui “b) dichiarazione di essere in possesso dei requisiti di ammissione, nonché dei requisiti minimi di capacità economico – finanziaria e tecnica indicati nel bando di gara sub III.2.1), III.2.2.) e III.2.3”), precisava che “La domanda e le dichiarazioni di cui ai punti a), b), c), h), i) e j), da presentarsi in conformità alle disposizioni del D.P.R. 445/2000, con allegazione del documento di idoneità del sottoscrittore, pena l’esclusione – oppure, per i concorrenti non residenti in Italia, equivalente idonea documentazione resa secondo la legislazione dello Stato di appartenenza – dovranno essere redatte in base al modello allegato al presente disciplinare”.

Il modello allegato 1 (“Modello domanda di partecipazione ed autocertificazione”) conteneva la dichiarazione (punto A. Dati generali ed ammissibilità, a.1) Requisiti del soggetto concorrente (singolo o componente di raggruppamento temporaneo) di non sussistenza delle “cause di esclusione di cui all’art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., lett. a), d), e), f), g), h), i), m)”.

6.1.2. Dall’esame della produzione documentale in atti, si evince che i componenti del R.T.I. aggiudicatario (Henry Buxton, quale direttore e legale rappresentante della società di architettura Hopkins Architect

Ltd, mandante; il prof. Ing. Gabriele Giacobazzi, quale presidente e legale rappresentante della società di professionisti Politecnica Ingegneria ed Architettura Società Cooperativa, mandataria; il dott. Fabrizio Gemmi, mandante) hanno effettivamente redatto la domanda di partecipazione alla gara di appalto e le relative autodichiarazioni utilizzando il modello allegato 1 del disciplinare di gara.

Con riferimento alla parte “A. Dati generali ed ammissibilità”, punto a.1 “Requisiti del soggetto concorrente (singolo o componente di raggruppamento temporaneo)” il tenore letterale di tutte le tre dichiarazioni è la seguente “1) che non sussistono le cause di esclusione di cui all’art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., lett. a), d), e), f), g), h), i) m quater;”.

6.1.3. Così delineato il quadro normativo e fattuale, la Sezione osserva che, come sottolineato nelle difese di Infrastrutture Liguria s.r.l., l’aggiunta della parola “quater” alle dichiarazioni (di cui al quadro A, punto a.1) rese dai componenti del R.T.I. aggiudicatario nella domanda di partecipazione alla gara in questione costituisce una mera irregolarità, inidonea ad inficiare il contenuto di tali dichiarazioni nel senso di far ritenere non dichiarata l’insussistenza di cause ostative riconducibili all’art. 38, lett. m) del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Invero, dal momento che il modello allegato 1 al disciplinare di gara predisposto dalla stessa stazione appaltante non conteneva alcun

riferimento, quanto alle dichiarazioni in esame, alla lettera m – quater), contemplando solo la lettera m), l’aggiunta della parola “quater” rende inutile la dichiarazione, se riferita alla citata lett. m quater) dell’art. 38, ma non è in grado di far venir meno la dichiarazione riferita alla lettera m), quest’ultima essendo la sola fattispecie richiamata dalla disposizione della lex specialis, in applicazione, per un verso, del principio di conservazione della dichiarazione negoziale e, per altro verso, dell’altro generale principio secondo cui utile per inutile non vitiatur.

D’altra parte, in mancanza di qualsiasi elemento indiziario circa la effettiva volontà dei componenti del R.T.I. di voler omettere la dichiarazione concernente il requisito generale di cui alla ricordata lett. m), dell’art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e non essendo stata provata dal R.T.I. Proger S.p.A. l’effettiva ricorrenza nei confronti dei soggetti componenti del predetto R.T.I. aggiudicatario della causa ostativa alla partecipazione di cui si discute (consistente nel fatto di essere stati destinatari dell’applicazione della sanzione interdittiva di cui all’articolo 9, comma 2, lett. c), del decreto legislativo dell’8 giugno 2001, n. 231 o di altra sanzione che comporta il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all’art. 36-bis, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248), non vi è alcuna ragione per ritenere illegittimo l’operato dell’amministrazione, essendo del tutto

irragionevole e spropositata la invocata sanzione dell'esclusione dalla gara a fronte di una irregolarità meramente formale nella formulazione delle dichiarazioni a corredo della domanda di partecipazione alla gara di appalto.

6.1.4. Quanto alla dedotta mancata dichiarazione di insussistenza delle cause ostative di cui alla lettera m) ter, dell'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve evidenziarsi che, indipendentemente da ogni questione in ordine alla dedotta assoluta vincolatività del modello di domanda (che non prevedeva la dichiarazioni in questione e che, d'altra parte, secondo la stazione appaltante appellata, doveva essere utilizzato a pena di esclusione, costituendo un completamento della *lex specialis*, neppure impugnata), se è pur vero, come sostenuto dall'appellante, che qualora la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara un elemento previsto come obbligatorio dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla p.a., a ciò tuttavia non consegue in modo diretto ed automatico l'esclusione dalla gara del concorrente che, come nel caso di specie, non abbia formulato la dichiarazione espressamente prevista dalla legge, dovendo tenersi conto che, non solo fondamentali esigenze di certezza del diritto e tutela della *par condicio* dei concorrenti impediscono all'amministrazione di disattendere i precetti fissati nella normativa di

gara dalla stessa formulata, ma soprattutto del principio di affidamento (formalmente elevato al rango di principio generale dell'azione amministrativa dall'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241) che impedisce che sul cittadino possano ricadere gli errori dell'amministrazione (in termini, C.d.S., Sezione VI, 13 giugno 2008, n. 2959).

Di conseguenza, a tutto voler concedere, i componenti avrebbe dovuto essere invitati a integrare il requisito mancante non per loro colpa, ma per omissioni e lacune della lex specialis della gara addebitabili all'amministrazione pubblica; peraltro, come già rilevato in precedenza e come evidenziato dai primi giudici, non è stato provato dall'appellante che in capo ai componenti del R.T.I. aggiudicatario sussistessero le cause ostative indicate nella più volte ricordata lett. m ter), dell'articolo 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, così che anche sotto tale profilo la prospettata sanzione di esclusione che avrebbe dovuto ricollegarsi a tale omissione è da ritenersi illogica, irragionevole ed esorbitante.

6.2. Possono essere trattati congiuntamente il secondo motivo ed il terzo motivo di gravame, concernenti, per un verso, l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante, per un verso, a causa della mancata esclusione dalla gara della mandante Hopkins Architect Limited, componente del R.T.I. aggiudicatario, che non aveva rispettato le disposizioni della lex specialis quanto alle dichiarazioni di cui all'art. 38, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art.

3.1. del disciplinare di gara e, per altro verso, a causa delle inammissibili precisazioni chieste dalla stazione appaltante a fronte delle omissioni ed incompletezze delle dichiarazioni della mandante società Hopkins Architects Ltd., così consentendo peraltro un'inammissibile tardiva integrazione documentale, in palese violazione dei principi di par condicio.

Anche tali doglianze non meritano favorevole considerazione, consistendo in mere censure attinenti la forma delle dichiarazioni rese, prive di qualsiasi elemento di prova circa l'effettiva ricorrenza di causa ostative alla partecipazione alla gara della predetta mandante Hopkins Architect Limited.

6.2.1. Invero, dall'esame della domanda di partecipazione ed autodichiarazione formulata dal signor Henry Buxton, quale direttore e legale rappresentante della società di architettura Hopkins Architect Ltd, risulta che quest'ultimo, puntualmente rispettando le prescrizioni del disciplinare di gara (all'art. 3.1, secondo cui "Le dichiarazioni relative a singole persone fisiche, operanti all'interno o per conto dei soggetti concorrenti, devono essere rese dall'interessato oppure dal soggetto che rende le dichiarazioni per il concorrente, se ha diretta conoscenza di quanto dichiara") ha dichiarato che "in capo alle altre persone fisiche rilevanti ai sensi dell'art. 38, lett. b), c), h) del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i., non sussistono le medesime cause di esclusioni ed i seguenti titolari...non hanno riportato sentenze definitive di condanna".

Tale dichiarazione è del tutto idonea e sufficiente ad assicurare il rispetto delle prescrizioni della lex specialis e dell'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non essendo stato neppure contestato che la predetta società avesse effettivamente allegato anche il certificato richiesto al punto d) dell'art. 3.1. del disciplinare di gara, cioè il certificato dello Stato di appartenenza della predetta società corrispondente a quello richiesto per gli operatori economici italiani (certificato di iscrizione alla CCIA), nulla potendo addebitarsi alla concorrente per il fatto che tale certificazione non contenesse anche l'indicazione dei soggetti titolari delle cariche rilevanti ai sensi del predetto articolo 38.

6.2.2 In presenza della ricordata dichiarazione e della certificazione, non perfettamente conforme all'analogo documento rilasciato dalle C.C.I.A per le imprese italiane, correttamente la stazione appaltante ha ritenuto con la nota prot. n. 300 del 4 dicembre 2009 di chiedere una precisazione in ordine "...all'identità delle persone fisiche rilevanti ed all'effettiva esistenza di condanne in capo a ciascuno".

Tale richiesta, lungi dal costituire una mera precisazione o dal consentire alla mandante società Hopkins Architect Ltd un'inammissibile tardiva integrazione della documentazione prodotta, ha invece rappresentato lo strumento con cui la stazione appaltante ha inteso dissipare ogni possibile dubbio sull'assetto societario ai fini della partecipazione alla gara, garantendo il pieno rispetto degli interesse pubblici alla cui tutela è preordinata il

possesso da parte degli operatori economici dei requisiti generali di cui all'art. 38, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Neppure può trovare favorevolmente apprezzarsi la tesi dell'appellante secondo cui le puntualizzazioni sarebbero state generiche e contraddittorie quanto alla dichiarazione (circa l'assenza di condanne in capo ai soggetti rilevanti ai sensi dell'articolo 38, lett. b), c), h)) resa dal legale rappresentante della predetta società Hopkins Architect Ltd.: è sufficiente rilevare che non è stata provata (ed in realtà neppure messa in dubbio) l'esistenza di altri soggetti rilevanti, ex art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per i quali la dichiarazione non sarebbe stata resa ovvero l'esistenza di condanne penali in capo ai soggetti indicati come dotati del potere di firma secondo la legislazione inglese.

6.2.3. L'appellante ha lamentato la sussistenza di ulteriori vizi che inficerebbero la documentazione integrativa prodotta dalla società Hopkins Architect Ltd. a seguito della richiesta istruttoria dell'amministrazione appaltante, con particolare riferimento alle (pacifiche) circostanze che le dichiarazioni rese dalle altre persone fisiche rilevanti ai sensi dell'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sarebbero prive di data; che mancherebbe qualsiasi riferimento ai soggetti cessati nell'ultimo triennio e che alla dichiarazione del sig. David Selby sarebbe stata allegata la fotocopia di un documento di identità (passaporto) con validità scaduta.

Anche tali doglianze sono prive di fondamento.

Se è vero che le dichiarazioni delle persone fisiche facenti parte della società Hopkins Architect Ltd., rilevanti ai sensi dell'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prodotte a seguito della richiesta della stazione appaltante sono prive di data, non per questo può dubitarsi della loro validità, dal momento che esse non possono che collocarsi temporalmente tra la data della stessa richiesta (4 dicembre 2009) e quella della loro produzione (nota di trasmissione dell'11 dicembre 2009): ciò senza contare che, in ogni caso, l'appellante non ha neppure precisato quale sarebbe stata la effettiva ragione per cui la mancata indicazione della data, facilmente ricavabile aliunde (così come rilevato), avrebbe reso invalide e/o inaffidabili tali dichiarazioni.

Quanto alla mancata indicazione dei soggetti cessati nel triennio, la Sezione deve nuovamente osservare che, come già evidenziato, si tratta di una mera deduzione, priva di qualsiasi supporto probatorio, non essendo stata contestata la completezza sostanziale della dichiarazione fornita dal legale rappresentante della predetta società mandante, né la eventuale incompletezza dell'elencazione dei soggetti rilevanti ovvero la omessa indicazione dei soggetti rilevanti: la decisione impugnata sul punto, ancorché sintetica, è pertanto corretta e ragionevole; ciò senza contare che nessun cenno alla questione dell'indicazione dei soggetti cessati nel triennio era contenuto nei motivi di censura sollevati con il giudizio di primo grado (come del resto si ricava dalla lettura dell'atto di appello con

riserva di motivi, dichiaratamente riproduttivo delle censure sollevate con il ricorso di primo grado).

Quanto infine all'allegazione di un documento di identità scaduto alla dichiarazione resa da uno dei soggetti rilevanti (tale sig. David Selby), la Sezione osserva che, sebbene detta allegazione non costituisca un vuoto formalismo, rappresentando un fondamentale elemento della fattispecie normativa diretta a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica (C.d.S., sez. V, 21 maggio 2009, n. 3165; 7 novembre 2007, n. 5761), è stato tuttavia osservato che detta prescrizione, pure essenziale, di carattere formale deve essere applicata verificando se nel contesto dei singoli casi lo scopo della normativa non sia comunque raggiunto, evitando interpretazioni che in concreto possano risultare di sproorzionato e perciò inutile rigore, venendo con ciò a ledere, per converso, l'altresì rilevante principio della massima partecipazione alle procedure competitive (C.d.S, sez. VI, 22 ottobre 2010, n. 7608).

Nel caso di specie, ad avviso della Sezione, è decisivo rilevare che il documento di identità, ancorchè di validità scaduta, era stato effettivamente allegato alla dichiarazione e che l'appellante neppure nel presente grado di appello ha messo in dubbio la riferibilità della dichiarazione in questione al soggetto che l'ha resa, essendo stato così raggiunto il fine stabilito dalla norma; così che, a tutto voler concedere, l'amministrazione avrebbe potuto chiedere la produzione

di un documento di identità valido, ma giammai escludere dalla gara il raggruppamento per effetto di tale irregolarità.

6.2.4. Quanto alle questioni relative alle presunte omissioni, incompletezze e/o irregolarità che avrebbero inficiato la documentazione prodotta dall'A.T.I. Politecnica, la Sezione deve rilevare che si tratta di censure del tutto inammissibili non essendo giammai state oggetto delle censure di primo grado, tanto più che la richiesta di precisazioni formulata dalla stazione appaltante con la nota del 4 dicembre 2009 concerneva esclusivamente la posizione della società Hopkins Architect Ltd., mandante di quell'A.T.I.

6.3. Ugualmente non meritevole di favorevole considerazione è il quarto motivo di gravame, con il quale l'appellante ha sostenuto che l'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa delle palesi violazioni della lex specialis quanto ai requisiti di capacità economica – finanziaria e tecnica, posseduti in realtà solo dalla mandataria e non anche dalle singoli mandanti, con conseguente ulteriore violazione anche dell'articolo 37 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, quanto alla mancata corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione delle singole imprese, nonché tra quote di partecipazione e quote di esecuzione del servizio.

Occorre al riguardo tener presente che il procedimento di gara in questione, come si ricava dalla lettura del disciplinare di gara, era articolato in due successive fasi, la prima concernente la

qualificazione dei partecipanti e la seconda concernente la gara vera e propria, alla quale erano ammesse a partecipare solo i soggetti qualificati.

Orbene i punti III.2.2. e III.2.3. del bando di gara, concernenti rispettivamente i requisiti di capacità economica e finanziaria e quelli di capacità tecnica ai fini dell'ammissione alla gara, secondo cui "nel caso di raggruppamenti temporanei il soggetto capogruppo dovrà possedere il requisito nella misura non inferiore al 60%; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dai mandanti", riguardavano soltanto la fase di qualificazione: ciò precisato, non vi è motivo per ritenere illegittima la determinazione della stazione appaltante di ammettere alla gara il R.T.I., poi aggiudicatario, per il fatto di aver dichiarato che i ricordati requisiti di qualificazione erano posseduti interamente dalla società capogruppo.

Invero, non solo una simile dichiarazione non escludeva di per sé che anche le mandanti fossero in possesso dei predetti requisiti (potendosi tutt'al più ammettere che siffatta dichiarazione fosse imprecisa e dovesse essere integrata, senza che tuttavia tale incompletezza potesse costituire causa di esclusione dalla gara), ma la stessa appellante ha espressamente ammesso (pag. 22 dell'atto contenente i motivi aggiunti all'appello) di non aver giammai contestato la sussistenza dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica (le censure proposte essendo rivolte esclusivamente alle modalità formali delle dichiarazioni previste dalla

lex specialis per la partecipazione alla gara).

L'articolazione del procedimento in questione nelle due successive fasi (di qualificazione dei concorrenti e poi di gara vera e propria solo tra le imprese qualificate) esclude poi la necessità della corrispondenza tra quote di qualificazione, quota di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori, corrispondenza che non è richiesta espressamente dal bando e che non è neppure coerente, per quanto riguarda gli appalti di servizi, con le puntuali previsioni dell'art. 37 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che al quarto comma stabilisce che nell'offerta devono essere specificate le parti (e non le quote) che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti, aggiungendo al tredicesimo comma che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni corrispondenti alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Tali prescrizioni, peraltro contenute anche nel disciplinare di gara (art. 4, punto A2, lett. c), secondo cui dovevano essere specificate "le parti del servizio che saranno eseguite dalla mandataria e da ciascuna mandante, in corrispondenza alle rispettive quote di partecipazione", devono ritenersi rispettate, tanto più che nessuna specifica censura è stata sollevata al riguardo dell'appellante.

Quest'ultima, invero, anche nel giudizio di primo grado si è limitata a sostenere l'inammissibilità della indicata percentuale di partecipazione al R.T.I. aggiudicatario (Politecnica Ingegneria, mandante 50%; Hopkins Architects, mandante 40%; dott. Fabrizio

Gemmi, mandante 10%) in quanto asseritamente in contrasto con le pretese quote di qualificazione (profilo di cui si è già evidenziata l'infondatezza), ammettendo peraltro espressamente l'avvenuta indicazione anche delle parti del servizio che sarebbero state svolte dai singoli componenti, in proporzione delle quote di partecipazione: così che del tutto correttamente i primi giudici hanno respinto la relativa censura.

7. L'infondatezza dell'appello principale, cui consegue la conferma della sentenza impugnata, esime la Sezione dall'esaminare i motivi di censura spiegati dal R.T.I. Politecnica con il ricorso incidentale, dichiarati assorbiti in primo grado, ma ritualmente riproposti.

8. In conclusione devono essere respinti tanto l'appello principale proposto dal R.T.I. Proger S.p.A. quanto l'appello incidentale spiegato da Infrastrutture Liguria s.r.l.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto da Proger S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Synesis S.p.A., Manens Fifs S.p.A., Systematica S.p.A., arch. Luca Gonzo, arch. Laura Migliore, dott. Enzo Iacopini (geologo) e dott. Francesco Meloni (mandanti) nonché da tutti i predetti, e sull'appello incidentale spiegato da

Infrastruttura Ligure s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sez. II, n. 9201 del 13 ottobre 2010, li respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/09/2011

IL SEGRETARIO

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

