



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5874 del 2011 proposto da:

Francesco Leo rappresentato e difeso dagli avv. Eustacchio Roberto Sivilla Piero Conti con domicilio eletto presso Piero Conti in Roma via F. Nicolai N.16; Nicola Longo rappresentato e difeso dagli avv. Piero Conti Eustacchio Roberto Sivilla con domicilio eletto presso Piero Conti in Roma via F. Nicolai N.16;

contro

Comune di Bari;

nei confronti di

Mithos Consorzio Stabile - Scarl in proprio e quale Capogruppo Costituendo Rtp rappresentato e difeso dall'avv. Giuliano Berruti con domicilio eletto presso Giuliano Berruti in Roma via delle Quattro Fontane 161; Ing. Perrini Marianna in proprio e quale Componente Rtp Ing. Domenico Perrini in proprio e quale Componente Rtp;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00858/2011 resa tra le parti concernente affidamento servizi di ingegneria ed architettura per progettazione e realizzazione lavori di messa in sicurezza scuola elementare - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mithos Consorzio Stabile - Scarl in proprio e quale Capogruppo Costituendo Rtp;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Piero Conti e Giuliano Berruti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Bari ha indetto con bando pubblicato il 15 dicembre 2008 una gara per l'affidamento di servizi di ingegneria ed architettura relativi alla progettazione definitiva ed esecutiva degli impianti e delle strutture nonché

al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed in fase di esecuzione per i lavori inerenti una scuola elementare da realizzarsi in Loseto – Bari con importo complessivo presunto pari a euro 200.86521.

La procedura prescelta è stata di tipo aperta con criterio di aggiudicazione ad offerta economicamente più vantaggiosa.

Al termine dell'espletamento del procedimento di gara la stazione appaltante ha aggiudicato la gara stessa al raggruppamento temporaneo Mythos consorzio stabile s.c. a r.l. con il punteggio di 9375 mentre gli odierni ricorrenti signori Ing. Francesco Leo ed Ing. Nicola Longo si sono classificati secondi con un punteggio di 665.

Ritenendo illegittima tale aggiudicazione i ricorrenti hanno proposto ricorso al TAR della Puglia sez. I chiedendo l'annullamento del provvedimento con cui la commissione ha approvato la graduatoria finale della gara nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva nella parte in cui è stato dichiarato primo classificato il RTI consorzio stabile Mythos atteso che tale RTI non ha presentato le dichiarazioni ex art. 38 prescritte a pena di esclusione dal bando di gara con riferimento alle singole società consorziate.

Il giudice di prime cure ha respinto il ricorso con sentenza n. 858 del 2011.

Avverso la predetta sentenza gli Ingegneri Leo e Longo hanno interposto l'odierno appello chiedendone l'integrale riforma con conseguente annullamento degli atti impugnati .

Si è costituito in giudizio il consorzio Mythos il quale ha chiesto il rigetto dell'appello siccome infondato .

Alla pubblica udienza del giorno 24 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso in appello è fondato.

2. Con l'unico benchè articolato motivo di ricorso gli appellanti deducono l'erroneità della gravata sentenza laddove non ha escluso dalla gara il consorzio Mythos atteso che quest'ultimo non ha presentato le dichiarazioni ex art. 38 del codice degli appalti pubblici con riferimento alle singole società consorziate prescrizione prevista dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

Assumono al riguardo che il giudice di prime cure ha ritenuto che il disciplinare di gara indichi con sufficiente precisione la documentazione da allegare all'offerta onerando della compilazione del "Modello 1" i soli legali rappresentanti dei consorzi stabili e non i legali rappresentanti dei singoli consorziati interpretando così erroneamente e contraddittoriamente il disciplinare di gara nella parte relativa ai "Requisiti generali".

Sul punto infatti il disciplinare espressamente dispone che: "I requisiti generali devono essere posseduti da tutti i concorrenti singoli e raggruppati dai consorzi e dai consorziati e per i soggetti richiamati dall'art. 38 del D.Lgs. 163/2006; altresì tutti i soggetti partecipanti sia singoli sia consorziati o raggruppati devono rendere a pena di esclusione le ulteriori dichiarazioni prescritte come innanzi".

Sempre ad avviso degli appellanti al di là che nessun dubbio interpretativo poteva nascere in relazione alla sopra menzionata prescrizione Mythos doveva essere escluso in quanto il "Modello 1" ed il "Modello 2" allegati al bando compendivano tutte le dichiarazioni ex art. 38 e quindi tali modelli dovevano essere presentati e firmati non solo dal legale rappresentante e dal direttore tecnico del consorzio ma anche da ciascun legale rappresentante e direttore tecnico delle singole società consorziate che avrebbero dovuto presentare ulteriori modelli.

3. La censura è da condividere.

Ed infatti a prescindere dalla tesi formalistica o sostanzialistica formatasi in giurisprudenza sulla questione non v'è dubbio che ove la normativa di gara prescriva a pena di esclusione che tutte le consorziate sono tenute a rendere le dichiarazioni ex art. 38 del codice degli appalti il concorrente che non ottemperi a tale prescrizione debba necessariamente essere escluso dalla procedura di gara da parte della stazione appaltante.

Tanto premesso in via di principio osserva il Collegio che nel caso di specie il disciplinare di gara (pag. 4) nel

paragrafo “Requisiti di carattere generale” dispone espressamente che “I requisiti di carattere generale devono essere posseduti a pena di esclusione da tutti i concorrenti singoli e raggruppati dai consorzi e dai consorziati e per i soggetti richiamati dall’art. 38 del D.Lgs. 163/2006; altresì tutti i soggetti partecipanti sia singoli sia consorziati o raggruppati devono rendere a pena di esclusione le ulteriori dichiarazioni prescritte come innanzi .”

Detta prescrizione pertanto è chiara inequivoca e perentoria nel prevedere che nel caso in cui il concorrente sia un consorzio tutti i singoli soggetti che ne fanno parte sono tenuti a presentare a pena di esclusione le dichiarazioni ex art. 38 del codice dei contratti pubblici.

È evidente quindi che tutte le consorziate per le quali il consorzio Mythos ha attestato di concorrere dovessero rendere le dichiarazioni previste dal disciplinare di gara contrariamente a quanto avvenuto.

Né al riguardo può accedersi alla tesi sostenuta da Mythos secondo cui i modelli (modello 1 e modello 2) richiamati nel bando di gara (pagg. 5 e 6) ed allegati al bando stesso in ragione della loro formulazione giustificerebbero la rilevata omissione da parte delle consorziate .

Per un verso infatti gli invocati modelli non precisano affatto che le dichiarazioni ivi previste debbano essere rese solo dal consorzio e tantomeno escludono che le stesse debbano essere rese anche dalle singole consorziate .

Per altro verso poi non v’è dubbio che detti modelli debbano essere letti ed interpretati alla stregua degli ordinari criteri ermeneutici in modo da essere conformi a quanto espressamente disposto dal bando di gara a cui sono ontologicamente connessi e quindi nel senso che tutte le consorziate (e non solo il consorzio) siano tenute a rendere a pena di esclusione le dichiarazioni ivi previste ex art. 38 del D. lgs. 163/2006.

Del resto sulla questione si è di recente espressa l’Adunanza Plenaria precisando con sentenza 4 maggio 2012 n. 8 che “il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell’art. 35 codice appalti. La diversa opzione ermeneutica condurrebbe invero a conseguenze paradossali in quanto le stringenti garanzie di moralità professionale richieste inderogabilmente ai singoli imprenditori potrebbero essere eluse da cooperative che attraverso la costituzione di un consorzio con autonoma identità riuscirebbero di fatto ad eseguire lavori e servizi per le pubbliche amministrazioni alle cui gare non sarebbero state singolarmente ammesse”.

Ed in questo senso peraltro si è espressa più volte anche la giurisprudenza della Sezione precisando che nel caso di consorzi i requisiti generali di partecipazione alla gara previsti dall’art. 38 devono essere posseduti dalle singole imprese consorziate; se infatti tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti; per gli operatori che non hanno requisiti dell’art. 38 basterebbe anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione aderire ad un consorzio da utilizzare come copertura (cfr. Cons. Stato sez. V 15 giugno 2010 n. 3759; Id. sez. V 5 settembre 2005 n. 4477; Id. sez. V 30 gennaio 2002 n. 507).

Ne consegue quindi che non avendo le consorziate reso le dichiarazioni sui requisiti generali ex art. 38 il RTI consorzio stabile Mythos doveva essere escluso dalla gara contrariamente a quanto avvenuto.

4. Conclusivamente il ricorso si appalesa fondato e come tale va accolto e per l’effetto in riforma della gravata sentenza vanno annullati gli impugnati provvedimenti di aggiudicazione della gara al consorzio Mythos .

5. Per ciò che attiene all’istanza di subentro nel contratto formulata dagli appellanti a titolo di risarcimento in forma specifica va rilevato che l’Amministrazione comunale a seguito del contenzioso e in attesa della decisione di merito non ha proceduto alla stipula del contratto come risulta per tabulas dalla nota dell’ 8 settembre 2011 richiamata in atti .

La predetta istanza va pertanto disattesa.

Resta comunque fermo l'obbligo per l'Amministrazione comunale di conformarsi alla odierna pronuncia di annullamento dei provvedimenti con cui è stata aggiudicata la gara al R.T.I. consorzio stabile Mythos con specifico riguardo al fatto che gli appellanti risultano utilmente collocati al secondo posto della relativa graduatoria .

6. Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto in riforma della sentenza gravata accoglie il ricorso proposto in primo grado ed annulla gli atti tramite questo impugnati .

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2012

IL SEGRETARIO

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